

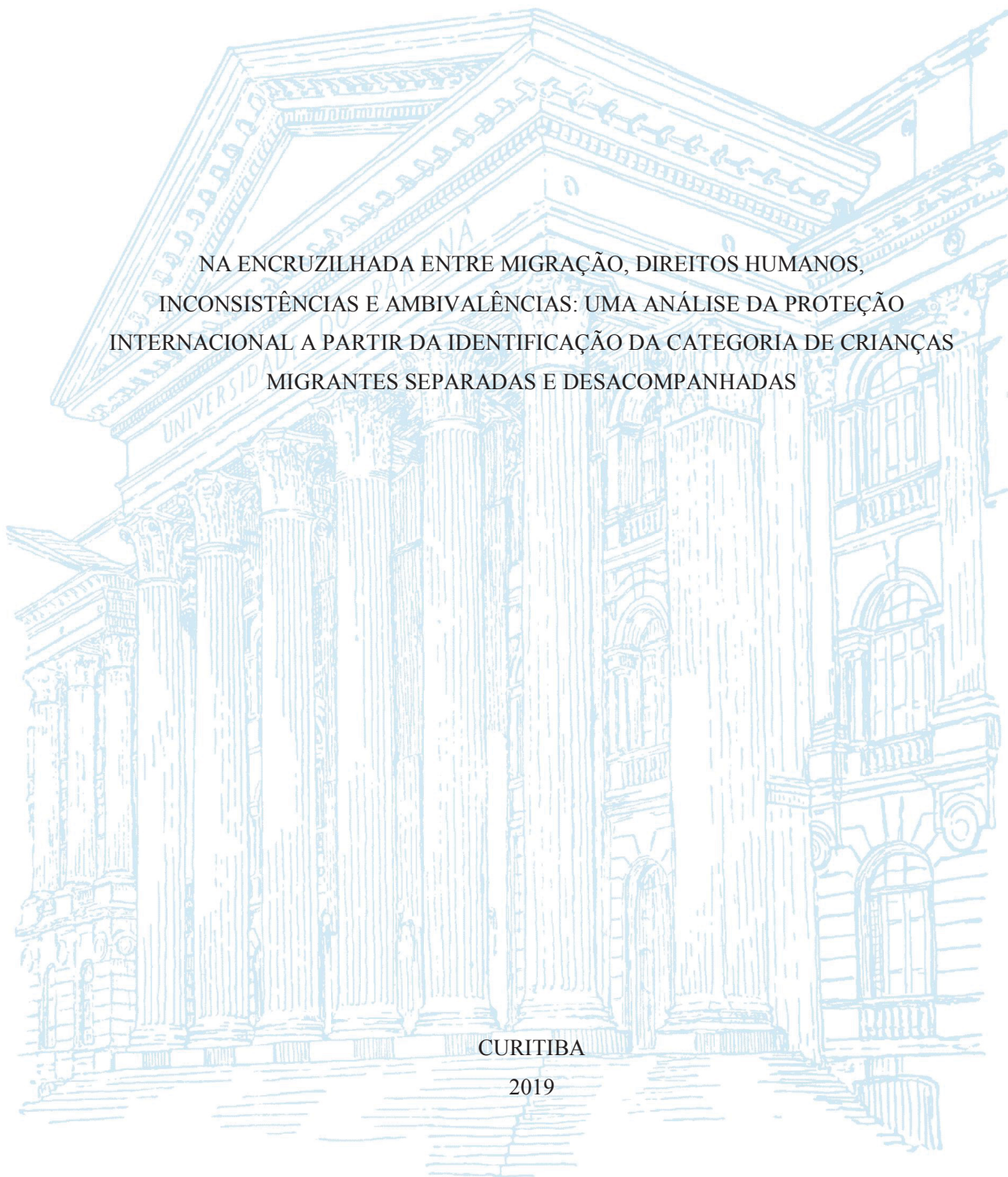
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANGELICA FURQUIM

NA ENCRUZILHADA ENTRE MIGRAÇÃO, DIREITOS HUMANOS,
INCONSISTÊNCIAS E AMBIVALENCIAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO
INTERNACIONAL A PARTIR DA IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA DE CRIANÇAS
MIGRANTES SEPARADAS E DESACOMPANHADAS

CURITIBA

2019



ANGELICA FURQUIM

NA ENCRUZILHADA ENTRE MIGRAÇÃO, DIREITOS HUMANOS,
INCONSISTÊNCIAS E AMBIVALÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO
INTERNACIONAL A PARTIR DA IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA DE CRIANÇAS
MIGRANTES SEPARADAS E DESACOMPANHADAS

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do título de Mestre em
Direito.

Orientador(a): Prof(a). Dr(a). Tatyana Scheila Friedrich

CURITIBA

2019

F989n Furquim, Angelica
Na encruzilhada entre migração, direitos humanos,
inconsistências e ambivalências: uma análise da proteção
internacional a partir da identificação da categoria de crianças
migrantes separadas e desacompanhadas / Angelica Furquim. -
Curitiba, 2019.
168 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. Setor
de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.
Orientadora: Tatyana Scheila Friedrich

1. Migração. 2. Direitos humanos. 3. Crianças. 4. Direito
internacional público. I. Friedrich, Tatyana Scheila. II. Título. III.
Universidade Federal do Paraná.

CDU 341.1

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e sete de março de dois mil e dezenove às 09:00 horas, na Sala da Memória, Praça Santos Andrade, 50 - Centro, foram instalados os trabalhos de arguição da mestranda **ANGELICA FURQUIM** para a Defesa Pública de sua dissertação intitulada **NA ENCRUZILHADA ENTRE MIGRAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, INCONSISTÊNCIAS E AMBIVALENCIAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL A PARTIR DA IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA DE CRIANÇAS MIGRANTES SEPARADAS E DESACOMPANHADAS**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: TATYANA SCHEILA FRIEDRICH (UFPR), FABRICIO PASQUOT POLIDO (UFMG), LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma exusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação da aluna. A mestranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, TATYANA SCHEILA FRIEDRICH, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 27 de Março de 2019.



TATYANA SCHEILA FRIEDRICH
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



FABRICIO PASQUOT POLIDO
Avaliador Externo (UFMG)



LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA
Avaliador Interno (UFPR)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição DA DISSERTAÇÃO DE Mestrado de **ANGELICA FURQUIM** intitulada: **NA ENCRUZILHADA ENTRE MIGRAÇÃO, DIREITOS HUMANOS, INCONSISTÊNCIAS E AMBIVALÊNCIAS: UMA ANÁLISE DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL A PARTIR DA IDENTIFICAÇÃO DA CATEGORIA DE CRIANÇAS MIGRANTES SEPARADAS E DESACOMPANHADAS**, após terem inquerido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 27 de Março de 2019.



TATYANA SCHEILA FRIEDRICH
Presidente da Banca Examinadora (UFPR)



FABRICIO PASQUOT POLIDO
Avaliador Externo (UFMG)



LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA
Avaliador Interno (UFPR)

Sempre à

التَّيَمُّنَاتِ

AGRADECIMENTOS

Em busca de um traço que marcasse as reminiscências da trajetória migratória e dos laços afetivos que compõem o ser, pedi a minha mãe e meu avô que me brindassem um segundo nome. 一青 foi o que recebi. Nas palavras deles: claro como o céu, límpido. Se angelicus, do qual deriva Angelica, significa assemelhada aos anjos e para mim é diariamente ressignificado de modo mais certo como guiada por anjos, a tradução de 一青 somente faz sentido se completada pelos anjos que aclaram o céu. Aplacam o céu, a mente e o coração. Passo a lhes agradecer.

À Cheng Tsu Yun Furquim e Maximo Furquim Junior – meus pais – pela paciência, apoio e amor incondicional.

Às 36 patas felinas de Fênix, Blume, Bastet, Smeagol, Ônix, Moina, Eevee, Freddo e Emma, por alegrar os mais cinza dos dias.

Aos eternos irmãos Gilmar Antônio Kaminski Junior e Thiago Luiz Peruscello, pela amizade que ultrapassa uma década e que apesar da distância ou da falta de tempo, perdura, se reconstrói e edifica minha essência.

À Estela Ribeiro Kuntz e à Heloísa Sbrissia Selzler pela amizade pincelada por sorrisos, alguns bola-foras e muita admiração.

Agradeço imensamente à Isabella Schmidt Boldorini, Aline Alves Lins Albuquerque, Otávio Augusto Ganzert Weinhardt e Henrique dos Santos Budni por, desde os tempos da Faculdade de Direito, afastarem as nuvens do céu. Ao Henrique, pela paciência, consideração e compreensão ao longo de anos. Ao querido Otávio, pela amizade serena, regada a uma boa dose de zelo, bom humor e inabalável companheirismo.

À Eloíse Faucz, pela sincera amizade e por comigo compartilhar de esperanças e anseios.

Aos queridos amigos Guilherme Ozório Santander Francisco, Fernanda Casaril, Lais Piletti, Marina Farias, Ana Carolina Kosiak, André Godinho Cunha e Fernando César Barboza pelo apoio incondicional ao longo dos dois últimos anos. Especialmente à Fernanda, sem qual este trabalho nunca terminaria, agradeço por ter sido alicerce, do começo ao fim. Ao André, pelas contribuições incalculáveis na academia e também no trabalho com a proteção dos direitos de migrantes, refugiados e solicitantes de refúgio. Ao Guilherme, pela terna e eterna cumplicidade.

À Heloísa Miura e ao João Chaves, por brindarem elementos essenciais à construção deste trabalho.

Aos mestres e às mestras, no âmbito do PPGD, que detêm minha eterna admiração: José Antônio Peres Gediel, Melissa Martins Casagrande, Ricardo Marcelo Fonseca, Luis Fernando Lopes Pereira, Tatyana Scheila Friedrich e Sérgio Staut. Em especial, ao Gediel por ser fonte perpétua de inspiração. À Melissa, mestre e amiga, por ser quem é.

Agradeço especialmente à professora Tatyana, por me orientar e fazê-lo com cordialidade, paciência e cuidado. Agradeço por compreender meus atrasos, ouvir minhas angústias e tornar a empreitada possível.

À querida professora Larissa Ramina e ao professor Fabrício Pasquot Polido por gentilmente aceitarem compor a banca avaliadora.

Agradeço ao Programa Universidade Brasileira e Política Migratória (PMUB), em especial ao Projeto Migração, Refúgio e Hospitalidade, por gestarem o amor e o compromisso com o tema estudado e trabalhado.

À Cáritas Brasileira Regional Paraná, por reavivar o aroma que a vida leva ao fazer algo com o coração inteiro. Aos migrantes, sou eternamente grata por cada momento dividido e pelas lições aprendidas. Agradeço aos amigos, às amigas e colegas Márcia Ponce, Elizete Sant'Anna de Oliveira, Leoncio Santiago, Joseanair Hermes, Amauri Mossmann, Juliana Mara da Silva, Rafael Yoshida Machado, Claudia Ribeiro, Izadora Alves, Jokasta Leiva, Rafael Forsetto, Lucas Duarte, Ana Lúcia de Oliveira, Adriana Matias e Marcos Regazzo. Particularmente à Márcia e à Juliana, pela incessante compreensão, pelas risadas, pelo ombro amigo e pelo carinho.

Ao Rafael Machado – entre conversas, atendimentos, revisões deste trabalho, cafês, nasi gorengs e temakis – pela inspiração. Agradeço pelo companheirismo, pela atenção e pela simplicidade com que torna os meus dias mais doces e felizes.

Finalmente, à Universidade Federal do Paraná — *alma mater*.

*Si j'étais reine ou magicienne
princesse, fée, grand capitaine,
d'un noble régiment.
Si j'avais les pas d'un géant.*

*Je mettrais du ciel en misère,
Toutes les larmes en rivière,
Et fleurirais des sables
où filent même l'espoir
Je sèmerais des utopies,
plier serait interdit,
On ne détournerait plus les regards.*

*Si j'avais des milles et des cents,
Le talent, la force ou les charmes,
Des maîtres, des puissants.
Si j'avais les clés de leurs âmes.
Si je savais prendre les armes.
Au feu d'une armée de titans.
J'allumerais des flammes,
Dans les rêves éteints des enfants.
Je mettrais des couleurs aux peines.
J'inventerais des Éden.
Aux pas de chances, aux pas d'étoiles, aux moins que rien.*

*Mais je n'ai qu'un cœur en guenille,
Et deux mains tendues de brindilles.
Une voix que le vent chasse au matin.
Mais si nos mains nues se rassemblent,
Nos millions de cœurs ensembles.
Si nos voix s'unissaient,
Quels hivers y résisteraient?*

*Un monde fort, une terre âme sœur,
Nous bâtirons dans ces cendres
Peu à peu, miette à miette,
goutte à goutte et cœur à cœur.*

ZAZ. Si. 2013.

RESUMO

O presente estudo tem como propósito investigar os contornos do fenômeno migratório a partir do recorte da identificação da categoria de crianças migrantes separadas e desacompanhadas. Visa submeter a racionalidade da política migratória ao teste: se, no que diz respeito à compreensão da criança migrante que cruza sozinha fronteiras internacionais, efetivamente se encontra direcionada ao horizonte dos direitos humanos e em concordância com os ditames da proteção internacional à criança migrante. Particularmente, portanto, a discussão concentra-se na possibilidade de a própria ontologia do sujeito, tendo em vista seu contexto, suas particularidades e vulnerabilidades, ser capaz de lhe garantir status migratório próprio e lhe salvaguardar. O método de pesquisa empregado é dedutivo, aplicado à uma abordagem qualitativa. Para a análise do objeto do estudo, foi realizado levantamento bibliográfico em literatura especializada em migração, direitos humanos, crianças e a proteção internacional conferida à criança migrante separada e desacompanhada. Recorreu-se também à pesquisa documental em organizações internacionais que trabalham e dispõem de práticas sobre a temática. A partir da revisão bibliográfica e da análise de instrumentos recém publicados no ordenamento jurídico, observou-se que a experiência brasileira se mostra, ao menos em tese, harmonizada com as diretrizes de proteção internacional. Em conclusão, entretanto, a partir de um caso ilustrativo, o estudo chamou atenção para possíveis futuras inconsistências na prática brasileira.

Palavras-chave: Migração. Direitos humanos. Crianças migrantes separadas e desacompanhadas. Proteção internacional.

ABSTRACT

The study at hand aims to investigate the framework of the migratory phenomenon from the identification of the category of separated and unaccompanied migrant children. It intends to submit migration policy's rationality to one test: regarding the comprehension of a migrant child that crosses alone international borders, whether it is effectively directed towards a human rights horizon and in accordance with the standards of international protection granted to migrant children. Therefore, particularly the discussion focuses on the possibility that the subject's own ontology, given its context, particularities and vulnerabilities, is able to guarantee its own migratory status and protection. The study adopted a deductive research method, applied to a qualitative approach. To analyze the object of the study, a bibliographic review was carried out in specialized literature on migration, human rights, children and the international protection granted to separated and unaccompanied migrant children. Documentary research from international organizations that work and have good practices on the subject was also applied. Based on the bibliographic review and analysis of recently published instruments in the legal system, it was observed that the Brazilian experience is, at least in theory, harmonized with international protection guidelines. In conclusion, however, from an illustrative case, the study drew attention to possible future inconsistencies in the Brazilian practice.

Keywords: Migration. Human rights. Separated and unaccompanied migrant children. International protection.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ACNUR	- Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
Art.	- Artigo
CEDH	- Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CF	- Constituição da República Federativa do Brasil
CICV	- Comitê Internacional da Cruz Vermelha
CRC	- Convention on the Rights of the Child
CIDH	- Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNig	- Conselho Nacional de Imigração
CONANDA	- Comitê Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente
CONARE	- Comitê Nacional para Refugiados
DIDH	- Direito Internacional dos Direitos Humanos
DIH	- Direito Internacional Humanitário
DIR	- Direito Internacional dos Refugiados
DOU	- Diário Oficial da União
DPF	- Departamento de Polícia Federal
DPU	- Defensoria Pública da União
DSR	- Determinação do status de refugiado
DADDH	- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
IPPDH	- Instituto de Políticas Públicas e Direitos Humanos
MJ	- Ministério da Justiça
OEAS	- Organização dos Estados Americanos
OUA	- Organização da Unidade Africana
OIM	- Organização Internacional para as Migrações
OIT	- Organização Internacional do Trabalho
ONU	- Organização das Nações Unidas
PF	- Polícia Federal
SIDH	- Sistema Interamericano de Direitos Humanos
RC	- Resolução Conjunta
RN	- Resolução Normativa
RCR	- Reconhecimento da condição de refugiado

RSD - Refugee status determination

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	16
2 MOBILIDADE E DIREITOS HUMANOS	22
2.1 PARTINDO DE UMA NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS ...	22
2.1.1 A complementariedade entre os eixos de proteção: uma identidade de propósito	32
2.2 UMA ENCRUZILHADA ENTRE CONCEITOS.....	37
2.2.1 Entre fronteiras: apontamentos sobre as migrações no plano internacional.....	37
2.2.2 Em fuga: apontamentos sobre a proteção internacional da pessoa refugiada.....	44
2.2.2.1 Notas sobre o princípio do <i>non-refoulement</i>	55
2.2.3 À sombra do controle: apontamentos sobre o tráfico internacional de pessoas e contrabando de migrantes.....	63
3 SUJEITO MIGRANTE	71
3.1 PARA A COMPREENSÃO DO SUJEITO	71
3.1.1 Os lugares da infância	71
3.1.2 A criança como sujeito de direitos e o paradigma da prevalência de seu melhor interesse	80
3.2 A CRIANÇA QUE CRUZA SOZINHA FRONTEIRAS INTERNACIONAIS.....	86
3.2.1 A criança migrante separada e desacompanhada	86
3.2.1.1 O recorte de uma categoria: a figura da criança separada e desacompanhada em situação de refúgio	90
3.2.2 A percepção de uma categoria jurídica	97
4 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA CRIANÇA MIGRANTE: DESAFIOS E LIÇÕES DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	102
4.1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA CRIANÇA ENQUANTO CRIANÇA.....	102
4.1.1 Sob os ditames da Convenção sobre os Direitos das Crianças: a proteção internacional à criança	102
4.1.1.1 Esforços para a proteção internacional da criança migrante separada e desacompanhada	106
4.1.2 Inconsistências do aparato normativo: os desafios e as práticas do momento de identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhadas	110
4.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: RUMO À COMPREENSÃO DO SUJEITO	124
4.2.1 A incompreensão do sujeito: entre a invisibilidade e a ambivalência.....	124

4.2.2 A solicitação de refúgio por crianças separadas e desacompanhadas no território brasileiro.....	128
4.2.3 A solução e sua aplicação para além do refúgio a partir da categoria de crianças migrantes separadas e desacompanhadas.....	136
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	145
REFERÊNCIAS.....	151
ANEXO 1 – FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE PROTEÇÃO.....	164

1 INTRODUÇÃO

Ainda que o ato de migrar seja um direito, uma prerrogativa e, em geral, uma opção, para muitas pessoas, migrar pode não ser somente um simples exercício de liberdade individual mas sinônimo de necessidade. Deslocar-se nem sempre é um privilégio, mas uma solução e por vezes a única. Os motivos que ensejam a mobilidade humana variam dentre uma gama de complexas circunstâncias, de modo que difícil é vislumbrar com nitidez a linha tênue que classifica o deslocamento de pessoas como forçado ou não. Em tais circunstâncias, no limite, (i)migrar revela-se em um grito, de tempos em tempos silenciado, em meio à imensidão que desvela situações de vulnerabilidade e de violação – ou ameaça de violação – de direitos humanos. Se sair de determinado país trata-se de um ato que denuncia, chegar noutro e ali abrigar-se é um teste à pretensa hospitalidade e ao compromisso assumido pela comunidade internacional com a salvaguarda do ser humano.

Em última análise, é a política migratória de um Estado que regula como acontece a interação do sujeito recém chegado a determinado território – sua identificação, sua entrada, sua integração, sua saída. Nesse sentido, deve considerar tanto as causas quanto os efeitos dos fenômenos migratórios, inserindo em sua racionalidade, sobretudo, a noção de que migrar não implica tão somente em dois verbos – ir e vir – mas em um trajeto que compõe e altera a subjetividade. Não pode valer-se da ambivalência que ora permite o tratamento de migrantes como corpos vulneráveis e ora os relega ao abandono. Sobretudo, precisa ser sensível aos complexos aspectos atinentes às migrações, especialmente aquelas realizadas por pessoas em situação de vulnerabilidade.

O momento atual da política migratória brasileira parece finalmente ter recepcionado a compreensão de tais premissas ao custo de quatro décadas de inércia. Centralmente marcada pelos ditames de um excerto do ordenamento jurídico formulado a partir de uma visão de mundo que percebia o migrante como suspeito, ou criminoso em potencial, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80), então cerne da política migratória brasileira, através de uma abordagem seletiva e restritiva de direitos, definia o (i)migrante por exclusão e regulava sua entrada a condições arbitrárias fundamentadas na nocividade e aos conceitos discricionários de ordem pública e interesses nacionais. Recentemente, após intenso debate marcado especialmente pela participação de representações da sociedade civil, o ordenamento jurídico celebrou a revogação do aparato normativo retrógrado com a promulgação da Lei n. 13.445/17 — a chamada Lei de Migração.

Dentre outros aspectos, a normativa – que enfim abandona o emprego do incômodo vocábulo “*estrangeiro*” – dá ênfase à universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos e consagra o princípio da igualdade consubstanciado precipuamente no expresse repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação e na enunciação pela não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional. Salienta o consolidado princípio da não criminalização do processo migratório, aliado à promoção da entrada regular e da regularização documental. Legitima a acolhida humanitária e dá especial atenção à situação de apátrida. Floresce na perspectiva da visibilidade da pluralidade de sujeitos que cruzam fronteiras internacionais, e, nesse sentido, também garante a proteção integral e atenção ao melhor interesse da criança migrante. O texto do novo marco da política migratória brasileira enfim parece veicular os princípios constantes dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade, pensando-se, ao menos em tese, à efetivação da Constituição Federal, de 1988, e dos instrumentos internacionais para a condição jurídica do migrante, do refugiado e do apátrida.

Reflexões acerca do fenômeno das migrações se mostram profícuas. Sobre o então chamado estrangeiro – aquele que vem de lá, o estranho, *l'étrange* –, uma abordagem não mais centrada na perspectiva do Estado-nação, com base na noção tradicional de soberania, mas numa ótica de direitos humanos, a partir da acolhida voltada à hospitalidade, se faz necessária. Nesse sentido, os passos caminhados em direção ao horizonte dos direitos humanos na política migratória devem ser perscrutados sob incansáveis olhares. É preciso, portanto, submeter a racionalidade da política migratória a constantes testes, no sentido de verificar se seus enunciados são refletidos efetivamente ou se são, em realidade, vazios. O trabalho em mãos se concentra no recorte da compreensão da categoria jurídica da criança migrante separada e desacompanhada como tentativa disso. Longe de esgotar o tema em sua complexidade, o estudo proposto é um esforço a investigar a migração de crianças separadas e desacompanhadas, particularmente se dedicando ao momento de sua identificação, quando da chegada no país de destino. Almeja-se investigar como a criança migrante separada e desacompanhada é compreendida até o ponto, eventualmente, que sua própria ontologia é capaz de lhe garantir status próprio e lhe salvaguardar. O trabalho se estrutura, assim, a partir de três eixos: *o fenômeno* – a mobilidade humana –, *o sujeito* migrante – a criança que cruza sozinha fronteiras internacionais –, e *a proteção* conferida a esse sujeito.

No presente estudo o protagonismo daquele que se vê obrigado a cruzar fronteiras internacionais trata-se de uma criança¹, que tal como o adulto, viaja de forma independente, por razões que podem e, normalmente, costumam se sobrepor. A migração infantil, assim, não é um fenômeno excepcional ou tampouco imprevisível. É, por outro lado, crescente. As estatísticas – embora aqui não se pretenda realizar um estudo quantitativo – corroboram com essa afirmação. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), 15% dos 244 milhões de migrantes registrados no ano de 2015 tratavam-se de pessoas menores de 20 anos².

Com relação às crianças migrantes em situação de refúgio, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no ano de 2017, indicou o fato de que crianças constituíam cerca de metade da população de pessoas em situação de refúgio ao redor do globo. As estatísticas do ACNUR apontaram para uma estimativa de cerca de 173.800 crianças desacompanhadas e separadas em situação de refúgio no ano de 2017³. Nesse ano, o maior número de crianças refugiadas separadas e desacompanhadas foi reportado na Etiópia, representando cerca de 9% da população de pessoas em situação de refúgio do país — a maioria nacionais do Sudão do Sul⁴. O Quênia e o Sudão também assinalaram números expressivos de crianças refugiadas desacompanhadas e separadas em seu território: cerca de 18.300 e 12.400, respectivamente⁵.

Em inúmeras circunstâncias, definir em uma única categoria a solução jurídica da criança migrante é tarefa delicada, haja vista suas raízes multidimensionais, fruto de uma combinação complexa de causas e fatores de expulsão que se encontra na intersecção entre migração, refúgio, tráfico de pessoas e contrabando de migrantes. Observado tal cenário, a preocupação central, seja da comunidade internacional, seja dos próprios países de acolhida, em âmbito interno, deve estar centrada em garantir o melhor interesse da criança como consideração inicial durante o processo migratório, a despeito das razões para o deslocamento.

¹ Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro empregue, tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diferenciação entre criança e adolescente – considerando como criança a pessoa menor de 12 anos e adolescente como a pessoa que está na faixa entre os 13 e os 18 anos, o presente estudo, seguindo entendimento empregado pela Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 1989, trata por criança todo o indivíduo menor de 18 anos de idade.

²OIM. **2015 Global migration trends factsheet**, 2016, p. 05. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/global_migration_trends_2015_factsheet.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019

³ACNUR. **Global trends: Forced Displacement in 2017**, p. 03 Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html> Acesso em: 12 Dez. 2018.

⁴ Ibidem, p. 49.

⁵ Idem.

Ao discutir a proteção dada à criança ao redor do mundo, entretanto, os Estados parecem desconsiderar aquelas em deslocamento forçado, normalmente deixadas de lado no desenvolvimento das políticas de Direito Internacional concernentes à migração. A situação tende a complicar-se ainda mais quando crianças migrantes estão sozinhas e/ou em situação *irregular*. Nesse sentido, a aplicabilidade da proteção à criança depara-se com diversas lacunas. Crianças experienciam violações de direitos humanos em seus países de origem e no curso de suas jornadas. Contos de naufrágios, casos de sufocamento por esconderijo prolongado em caminhões ou contêineres, relatos de desidratação em trajetórias escaldantes no deserto são frequentes. Chegando ao local de destino, em algumas situações, essas crianças não têm acesso à adequada identificação, documentação, possível localização de familiares, sistemas de tutela ou aconselhamento jurídico. A proteção às crianças migrantes, por conseguinte, deve reconhecer as vulnerabilidades e necessidades de sua proteção.

Uma das maiores preocupações da comunidade internacional, nesse sentido, deve ser a de que as crianças migrantes separadas e desacompanhadas sejam devidamente acolhidas e uma vez identificadas, tenham acesso irrestrito à proteção internacional que leve em consideração sua subjetividade e experiências. Por outro lado, a tendência auferida no cenário internacional, a despeito da existência de um aparato de proteção, é a prevalência de um sistema difuso e marcado por inconsistências, que conta com medidas protetivas mescladas com atitudes punitivas em relação à migração e ao refúgio. Os recentes episódios de detenção de crianças migrantes no território estadunidense são prova disso.

Assim, o fenômeno migratório é o pano de fundo do presente trabalho e parte, na compreensão da autora, necessariamente de uma perspectiva de direitos humanos. É sob o marco da concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal, de 1948, que as bases para uma possível proteção internacional da pessoa migrante estão alicerçadas. Embora passível de revisita e críticas contundentes, é partindo da compreensão de que os direitos humanos são universais e inerentes à pessoa humana que o estudo se inicia. Especialmente Bobbio, Cançado Trindade, Melina Fachin, Piovesan, Ramina, Ramos, Sousa Santos e Flores fornecem as bases teóricas para essa abordagem. No primeiro capítulo, parte-se também da asserção da unidade de propósitos e complementariedade entre as três grandes vertentes de proteção à pessoa humana, essencial para o manejo do tema na experiência brasileira. Sobre esse tema, Cançado Trindade brinda importantes chaves conceituais.

Diante das assentadas premissas, uma encruzilhada de conceitos se posiciona no horizonte. A criança que sozinha cruza fronteiras internacionais o faz por razões

multidimensionais que se justapõem. Na continuidade do capítulo, portanto, compreendendo-se a interrelação entre alguns conceitos para o tema debruçado – a partir das lições, principalmente, de Bedford, Hathaway, Goodwin-Gil, Piotrowicz e Redpath-Cross e dos lúcidos contrapontos estabelecidos por De Wenden, Chimni, Gorlick, Bhabha e Zard – são tecidos apontamentos acerca da temática das migrações no plano internacional, sobre aspectos da proteção internacional conferida à pessoa em situação de refúgio, com especial atenção ao princípio do *non-refoulement*, e sobre contornos das hipóteses de tráfico internacional de pessoas e contrabando de migrantes.

Almeja-se no capítulo seguinte uma compreensão do sujeito sobre o qual se fala – a criança. Particularmente no contexto migratório, apreendida como uma espécie de “*apêndice*” da família e compreendida à luz do adulto que lhe acompanha, questiona-se: qual – ou quais os lugares ocupados pela criança na sociedade ocidental? Partindo da compreensão de que o Direito, as crianças e as fronteiras são imbuídos de historicidade e que tentar compreender tal dimensão é fundamental para tentar entender o presente, recorre-se ao diálogo com a História para responder a tal questionamento. O diálogo com Ariés, em particular, guia esse estudo. Se examinam algumas abordagens – à luz do que ensina Tobin – a partir das quais o Direito, em sua matriz ocidental, construiu e concebeu a noção de infância. As compreensões são fundamentais para que não se recaia em um discurso que reproduz uma proteção meramente em tese, que desconsidera a criança como sujeito de direitos. Nessa toada, o paradigma do melhor interesse da criança ganha contornos de prevalência é analisado.

A segunda metade do capítulo aborda de forma mais detida a face do sujeito que carrega consigo uma particularidade e diversas vulnerabilidades: é a criança que sozinha cruza fronteiras internacionais. A figura da criança migrante separada e desacompanhada é melhor examinada na continuidade do capítulo, fazendo-se especial recorte – a despeito das raízes multidimensionais da mobilidade – da figura da criança separada e desacompanhada em situação de refúgio. Para a condução dessa análise, os estudos realizados por Bhabha, Senovilla Hernandez, Edwards e pelo ACNUR são centrais.

Se está, portanto, a compreender o sujeito criança que sozinho cruza fronteiras internacionais e que, diante das raízes complexas e multidimensionais que o levam a completar tal jornada, é titular de uma categoria jurídica própria. A abordagem feita por Senovilla Hernandez, nesse sentido, é fundamental. A identificação desse sujeito para que lhe brinde solução jurídica mais adequada pressupõe, sobretudo, a existência de um aparato protetivo que lhe respalde e que lhe compreenda enquanto sujeito de direitos. Nesse sentido, o capítulo final esboça a estrutura da proteção internacional da criança, sobretudo sob os

ditames da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e salienta dois esforços empreendidos para a proteção da criança migrante separada e desacompanhada: o Comentário Geral n. 06/2005, do Comitê sobre os Direitos da Criança, e o Parecer Consultivo n. 21/2014, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O momento da identificação da hipótese em que uma criança migrante se encontra separada ou desacompanhada é o que instiga o presente trabalho e o que desafia a soberania estatal e o comprometimento das nações na proteção da pessoa humana. Trata-se, finalmente, do momento a partir do qual descobre-se se a compreensão do sujeito é efetivada ou não. É no momento da identificação que as inconsistências e ambivalências do sistema normativo tomam lugar e a compreensão de uma categoria vulnerável, que concebe a criança como sujeito de direitos, é posta em xeque. Delineia-se assim, alguns dos desafios e exemplos de práticas do momento de identificação da criança migrante separada e desacompanhada.

Finalmente, na segunda metade do capítulo, estabelece-se a pertinente discussão acerca da tendência dos Estados em adotar posturas que de forma geral negligenciam crianças migrantes. Se debate a perspectiva apresentada por Cernadas, Garcia e Salas, de uma dupla invisibilidade e a perspectiva defendida por Bhabha, de uma postura ambivalente. Rascunha-se então a recente experiência brasileira na identificação e proteção à criança migrante separada e desacompanhada.

O primeiro aspecto da experiência brasileira diz respeito ao desafio do acesso à solicitação de refúgio por crianças separadas e desacompanhadas e é seguido da solução encontrada pelo ordenamento jurídico. O segundo aspecto da experiência brasileira diz respeito à compreensão da categoria jurídica de crianças migrantes separadas e desacompanhadas recepcionada pela política migratória brasileira. Se finalmente depara-se com um giro paradigmático na fundamentação da política migratória – agora calcada em uma abordagem de direitos humanos – a compreensão da categoria aqui examinada, nesse aspecto particular, é apta a lhe testar.

O trabalho alerta, ao fim, para necessidade da constante revisita às experiências casuísticas relativas ao tema, uma vez que dão margem a uma possível tendência à incompreensão do sujeito e da proteção que lhe é cabível, a despeito dos enunciados jurídicos postos e da racionalidade que lhes fundamenta.

2 MOBILIDADE E DIREITOS HUMANOS

2.1 PARTINDO DE UMA NECESSÁRIA PERSPECTIVA DE DIREITOS HUMANOS

*“A criança ficou órfã,
faleceu o irmão querido,
a cidade era só chamas,
a mulher perdeu marido (...)”*⁶

Bobbio assinala que os Direitos Humanos não são um dado, mas uma intervenção humana em permanente processo de construção e reconstrução⁷. São, portanto, *direitos históricos* e por isso mutáveis, suscetíveis de constantes transformações e de ampliação⁸, profundamente vinculados à localização espaço-temporal a partir da qual são examinados. Assim, seu conteúdo é a todo momento passível de aperfeiçoamento, devendo-se articulá-lo, e atualizá-lo, de modo a não o deixar cristalizar em fórmulas mais solenes que efetivamente concretas⁹. Guarneidos de historicidade, são germinados em certas circunstâncias “*e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas*”¹⁰. Não representam uma marcha triunfal e tampouco um fracasso anunciado: “*são os reflexos da proteção possível, e não do desejável, dentro dos avanços e recuos dos movimentos sociais e por isso nascem quando podem e não quando devem*”.¹¹

⁶ BRECHT, Berthold. **A cruzada das crianças**. São Paulo: Pulo do Gato, 2014.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 20.

⁸ Nesse sentido: “[...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva [...] representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.” (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 20.)

⁹ Nas palavras do autor: “[...] a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto vazias. Esse problema foi enfrentado pelos organismos internacionais nos últimos anos, mediante uma série de atos que mostram quanto é grande, por parte desses organismos, a consciência da historicidade do documento inicial e da necessidade de mantê-lo vivo fazendo-o crescer a partir de si mesmo. Trata-se de um verdadeiro desenvolvimento (ou talvez, mesmo, de um gradual amadurecimento) da Declaração Universal, que gerou e está para gerar outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, do documento inicial.” (BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 21.)

¹⁰ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 09.

¹¹ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 12.

A existência de normas internacionais esparsas referentes a certos direitos¹² pareceu, no limite, ajudar a sensibilizar os Estados sobre a temática dos direitos humanos, constituindo-se em causa remota para a estrutura da contemporânea proteção internacional dos direitos humanos¹³. As causas seguintes e possivelmente mais contundentes estão relacionadas à organização da sociedade internacional no pós Segunda Guerra Mundial, a partir de quando se reconheceu uma vinculação entre a defesa da democracia e dos direitos humanos e os interesses dos Estados em manter coexistência pacífica.

Pareceu restar evidente à comunidade internacional que a proteção dos direitos humanos não poderia se restringir ao domínio reservado de um Estado, pois as falhas na proteção local tinham possibilitado a lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana. Como reflexo, a concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993¹⁴, é resultado da internacionalização dos direitos humanos e da humanização do Direito Internacional¹⁵. Nesse sentido, a soberania dos Estados foi, lentamente, sendo reconfigurada aceitando-se que a proteção dos direitos humanos se tratava, afinal, de um tema internacional e não meramente um tema da jurisdição local¹⁶.

O contexto clamou pela necessidade de um esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma a nortear a ordem internacional a partir da primazia do valor da dignidade da pessoa humana como paradigma referencial ético. O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) nasce, nesse sentido, ultrapassando a contradição inerente ao

¹² Ramos menciona algumas espécies de normas internacionais que se preocuparam com direitos essenciais dos indivíduos em momento anterior ao fim do século XIX e início do XX, sendo eles: o combate à escravidão (“motivada pelo desejo dos Estados industrializados — em especial a Inglaterra — de aumentar os mercados para seus produtos manufaturados”), a busca pela proteção dos direitos dos estrangeiros (“que consolidou o costume internacional da proteção diplomática, pelo qual um estrangeiro, cujos direitos tenham sido lesados, solicitava endosso ao seu Estado patril, que, se concedido, iniciava um litígio internacional com o Estado infrator, que poderia — no século XIX — ser inclusive resolvido com a força”), a proteção dos feridos e enfermos em conflitos armados — que daria origem ao Direito Internacional Humanitário, a proteção das minorias (“logo após a 1 Guerra Mundial, sob os auspícios da Liga das Nações (criada pelo Tratado de Versalhes, de 1919) na qual os grupos de identidade cultural distinta e numericamente inferiorizados (por exemplo, alemães na Polônia) teriam direitos assegurados pelo próprio Direito Internacional”) e a proteção dos direitos sociais pela Organização Internacional do Trabalho. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60-61.

¹³ Ibidem, p. 60.

¹⁴ A Declaração de Viena, ao ratificar e reiterar a racionalidade da Declaração de 1948, sublinha elementos como a interdependência dos valores dos Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.

¹⁵ “O processo de internacionalização dos direitos humanos trouxe como consequência imediata a humanização do direito internacional, que por isso sofreu transformações acentuadíssimas no decorrer do século passado.” RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Geral e Direito Estatal: breves apontamentos**. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção Direito Internacional Multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 176.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 66.

Direito Internacional clássico, para o qual os direitos humanos somente poderiam ser protegidos por um direito interestatal feito pelos Estados e para os Estados¹⁷, os quais, nesse cenário, deixam de ter o monopólio das relações internacionais, e por consequência, de serem os únicos interlocutores sobre assuntos que interessam à comunidade internacional¹⁸. Coloca-se à prova, portanto, o significado de soberania¹⁹ apontando-se, assim, para uma revisão do conceito tradicional de soberania absoluta do Estado – partindo-se de uma concepção *hobbesiana*, a uma noção *kantiana* de soberania.²⁰ Nessa ordem de ideias,

o embrião da internacionalização, contido na concepção contemporânea de direitos humanos, arrima-se [...] em dois alicerces bem demarcados, quais sejam: a limitação da soberania estatal e de seu espaço autônomo em relação à proteção da pessoa humana, e uma visão holística desses direitos.²¹

Assim, se por um lado, a Segunda Guerra significou a ruptura com os Direitos Humanos, o Pós-Guerra implicou em seu repensar²². Nesse momento histórico, como reflexo da catástrofe humanitária, dos escombros da Liga das Nações²³, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU)²⁴, e, logo após, a Declaração Universal, de 1948²⁵, a partir da qual é

¹⁷ RAMINA, Larissa. op. cit., p. 176.

¹⁸ Ibidem, p. 171.

¹⁹ “A noção de soberania [...] deve ser contextualizada de acordo com a época histórica. Estado soberano, portanto, é aquele que se encontra direta e imediatamente submetido à ordem jurídica internacional. E a ordem jurídica internacional do século XXI é aquela pautada na proteção dos direitos humanos. Defender a manutenção da autoridade suprema do Estado é defender, em última instância, a teoria clássica da soberania estatal absoluta.” RAMINA, Larissa. op. cit., p. 186.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54-55.

²¹ FACHIN, Melina Girardi. op. cit., p. 49.

²² Idem.

²³ “A Convenção da Liga das Nações, de 1920, continha previsões genéricas relativas aos Direitos Humanos, destacando-se as voltadas ao *mandate system of the League*, ao sistema das minorias e aos parâmetros internacionais do direito do trabalho - pelo qual os Estados se comprometiam a assegurar condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças. Esses dispositivos representavam um limite à concepção de soberania estatal absoluta, na medida em que a Convenção da Liga estabelecia sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem suas obrigações. Redefinia-se, desse modo, a noção de soberania absoluta do Estado, que passava a incorporar em seu conceito compromissos e obrigações de alcance internacional no que diz respeito aos Direitos Humanos.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117.)

²⁴ A Organização das Nações Unidas foi inserida no cenário internacional com a “Carta de São Francisco”, de 1945. Assim, analisa Piovesan: “A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos Direitos Humanos.” (PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 130.). Também sobre a ONU, face à extinta Liga das Nações, observa Comparato: “A ONU difere da Sociedade das Nações, na mesma medida em que a Segunda Guerra Mundial se distingue da Primeira. Enquanto que em 1919 a preocupação única era a criação de uma instância de arbitragem e regulação dos conflitos bélicos, em 1945 objetivou-se colocar a guerra definitivamente fora da lei. Por outro lado, o horror engendrado pelo surgimento dos Estados totalitários, verdadeiras máquinas de destruição de povos

consagrada a ideia de que os direitos humanos são universais e inerentes à condição de pessoa, afirmando, assim, as premissas da *universalidade*, da *indivisibilidade* e da *interdependência*²⁶.

Da universalidade, porque clama pela extensão universal dos direitos, partindo-se do pressuposto de que a condição de pessoa é, *per se*, requisito único para sua titularidade²⁷. Não se tratava mais de proteger determinados indivíduos sob certas circunstâncias, mas de proteger o ser humano como tal²⁸. Esclarece Melina Fachin que tal postura universalista demanda, independentemente das particularidades locais, a extensão de um conjunto mínimo irreduzível de direitos:

a postura integral e indissociável introduzida pelo arquétipo coevo insere no núcleo normativo protetivo mínimo tanto direitos civis e políticos como direitos econômicos, sociais e culturais. Há, assim, complementariedade dialética que demanda visão não segmentada dos direitos para o resguardo substancial dos direitos humanos.²⁹

Da indivisibilidade, porque o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si³⁰. São indivisíveis os direitos humanos uma vez que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos³¹: a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e vice-versa, de forma que quando um

inteiros, suscitou em toda parte a consciência de que, sem o respeito aos Direitos Humanos, a convivência pacífica das nações tornava-se impossível.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 214.)

²⁵ Adotada na forma de resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração não possui força jurídica de efeitos vinculantes: “A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral, quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de resolução da Assembleia.” (REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, p. 211) À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos das práticas e compromissos já adotados pela comunidade internacional, entretanto, imperioso é entrever a Declaração dos Direitos Humanos como verdadeiro costume internacional e norma imperativa do direito internacional, portanto, norma de *jus cogens*. Nesse sentido, anota Fábio Konder Comparato: “Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma *recomendação* que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). [...] Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis ou tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, exercida contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” (COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 227.)

²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

²⁷ “Vale dizer, a para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos Direitos Humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).” (FACHIN, Melina Girardi, op. cit., 2010, p. 142.)

²⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 629-630.

²⁹ FACHIN, Melina Girardi. op. cit., p. 51.

³⁰ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 224.

³¹ Idem.

deles é violado, também são os demais³². A indivisibilidade, consiste, portanto, no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, uma vez que essenciais para uma vida digna³³.

O novo paradigma, marcado pela DUDH, constituiu um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis global e regional³⁴. O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, nessa senda, possui lastro axiológico na DUDH – tendo como sustentáculos a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos.

Paralelamente ao sistema normativo global, pulverizaram os sistemas regionais de proteção, complementares entre si e entre o sistema global, cujo escopo é o de internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, em especial, nos continentes europeu, americano e africano, apresentando, cada qual um aparato jurídico próprio. Assim, o sistema europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que estabeleceu originariamente a Comissão e a Corte Europeia de Direitos Humanos³⁵. O sistema interamericano, a seu turno, tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que prevê a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O sistema africano tem como instrumento central a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, que instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos, tendo sido posteriormente criada a Corte Africana de Direitos Humanos, mediante um Protocolo à Carta, que entrou em vigor em 2004³⁶.

O desafio contemporâneo dos direitos humanos é, ao mesmo tempo, prático e teórico. Em especial, seu caráter de universalidade não é isento de questionamentos³⁷. Para alguns autores, a universalidade dos direitos apresenta-se como uma forma de colonialismo e a proteção dos direitos humanos, como uma indisfarçável ingerência estrangeira, de matriz ocidental, nos assuntos domésticos internos, *“cuja consequência seria a imposição de valores com o consequente sacrifício da diversidade cultural”*³⁸.

³² PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2013, p. 45.

³³ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 224.

³⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 01.

³⁵ “Com o Protocolo n. 11, em vigor desde novembro de 1998, houve a fusão da Comissão com a Corte, com vistas à maior justicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente.” Ibidem, p. 96.

³⁶ Idem.

³⁷ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 203.

³⁸ Ibidem, p. 209.

Sousa Santos, frisando a necessidade de se superar o antagonismo entre universalismo e relativismo, propõe uma visão multicultural de direitos humanos pautada no diálogo entre culturas. O autor compreende que enquanto os direitos humanos “*forem concebidos como direitos humanos universais, eles tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de-cima-para-baixo*”³⁹”⁴⁰. Assim, defende que tais direitos devem ser reconceitualizados como multiculturais: “*o multiculturalismo [...] é precondição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.*”⁴¹ Entendendo que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana concebidas — contudo, de maneiras distintas e incompletas — o autor propõe transformar os direitos humanos em uma política cosmopolita “*que ligue em rede línguas nativas de emancipação, tornando-as mutuamente inteligíveis e traduzíveis*”⁴².

Flores, a seu turno, compreende os direitos humanos como componentes de uma racionalidade de resistência – “*uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero.*”⁴³ Flores sublinha a importância de fazer a distinção entre o que o fenômeno estudado é e o que ele *significa*⁴⁴. Ou seja, o autor propõe diferenciar o plano da realidade dos direitos humanos do plano das razões que justificam sua existência, bem como os fins pretendidos com eles e através deles. Isso porque, de acordo com o autor, a perspectiva tradicional e hegemônica confunde os planos da realidade e das razões na DUDH. O autor pontua que para a reflexão teórica dominante, os direitos não seriam mais que uma plataforma para se obter mais direitos, o que se efetivamente verifica na fórmula “*direito a ter direitos*”.

Para Flores, admitir que o direito cria o direito significa “*cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso*”⁴⁵. A lógica posta, portanto, faz crer que os direitos existem antes mesmo de se ter as capacidades e condições adequadas para poder exercê-los. Nesse sentido, no campo dos direitos humanos, Flores

³⁹ Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma visão multicultural dos direitos humanos**. In: Contexto Internacional, vol. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Contexto, 2001, p. 7-34.

⁴⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura, Ibidem. p. 16.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem, p. 29.

⁴³ FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. p. 01.

⁴⁴ FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 32.

⁴⁵ FLORES, Joaquín Herrera. op. cit., 2009, p. 34.

observa que, mais que direitos propriamente ditos, se tratam de processos, de “*resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida*”⁴⁶. Assim,

os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas.⁴⁷

Para Flores, portanto, quando se fala em direitos humanos, fala-se de “*dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito*”⁴⁸. Nesse sentido, o autor nega considerar o universal “*como um ponto de partida ou um campo de desencontros*”. Defende, assim, um “*universalismo de chegada ou de confluência*”⁴⁹, o qual, na visão de Flores, se alcança a partir “*de um processo conflitivo, discursivo de diálogo ou de confrontação no qual cheguem a romper-se os prejuízos e as linhas paralelas*”⁵⁰.

Apesar das críticas passíveis de serem lançadas, é oportuno reconhecer que a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela DUDH, aumentou o campo do exercício dos direitos humanos e possibilitou conferir àqueles direitos uma dimensão internacional inédita nos documentos nacionais, precisamente por incluir direitos que ultrapassam o contexto estatal, como é justamente o caso da mobilidade humana, a exemplo do direito de buscar asilo, do direito de deixar qualquer país⁵¹ e o direito de não ser retornado a territórios onde sua vida, integridade e liberdade possam ser ameaçadas. Ainda, “*consolidou-se no Direito Internacional contemporâneo um catálogo de direitos fundamentais da pessoa humana*”⁵², sendo também estabelecidos mecanismos de supervisão e controle, pelos Estados, desses próprios direitos salvaguardados. Nesse sentido, conforme observado, não é cabível que hoje um Estado alegue, em defesa de suas condutas violatórias

⁴⁶ FLORES, Joaquín Herrera. op. cit., 2009, p. 34.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Nesse sentido: “Para nós, o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta à exigências da dignidade” (FLORES, Joaquín Herrera. op. cit., 2009, p. 34.)

⁴⁹ Cf. FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. p. 13.

⁵⁰ FLORES, Joaquín Herrera. op. cit., p. 13.

⁵¹ RAMINA, Larissa. op. cit., p. 176.

⁵² RAMOS, André de Carvalho, op. cit., 2015, p. 77.

de direitos humanos, que sua postura é parte de seu domínio reservado⁵³.

Nas últimas décadas, a mobilidade humana forçada tem desafiado as bases da normativa de proteção internacional dos direitos humanos, exigindo desta constante atualização e respostas às situações que até o momento da elaboração dos instrumentos internacionais ainda não estavam previstas⁵⁴. Cançado Trindade, nesse sentido, nota que a despeito dos esforços empreendidos, ainda parece prevalecer, de forma especial nesse campo, o egoísmo em detrimento dos laços de solidariedade, “*a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores*”⁵⁵. Nesse sentido, a normativa de proteção dos direitos humanos parece ainda insuficiente se ausente uma verdadeira cooperação internacional visando à proteção das pessoas que cruzam fronteiras internacionais. Isso porque, efetivamente, “*no hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes, a ellas subyacentes, y que (...) requieren un cambio de mentalidad.*”⁵⁶

O deslocamento de pessoas, no limite, está intrinsecamente relacionado à liberdade de movimento. Jubilut e Apolinário ensinam que até o século XIX, muitos países sequer adotavam critérios de diferenciação em relação aos direitos de nacionais e não nacionais, de forma que a livre circulação de pessoas costumava ser permitida. Do contexto da Primeira Guerra Mundial resultaram restrições à liberdade de residência e diferenças entre os direitos de nacionais e (i)migrantes⁵⁷. Hodiernamente, dentro de um mesmo Estado ou território, a liberdade de movimento de um nacional é um direito humano básico garantido na maioria dos Estados democráticos. Há ainda um direito humano básico relativo ao direito de sair de um país, inclusive o seu/de que é nacional.

Nessa ordem de ideias, o artigo 13 da DUDH dispõe que “*toda pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país*”. No mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, garante o direito a todas as pessoas à liberdade de movimento e à liberdade para escolher sua residência; reafirma o direito de sair de determinado Estado, incluindo o seu, e estabelece que “*ninguém poderá ser privado arbitrariamente do direito de entrar em seu próprio país*” (art. 12). Com o desenvolvimento da internacionalização dos direitos humanos e a formação do sistema

⁵³ RAMOS, André de Carvalho, op. cit., 2015, p. 77.

⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Elementos para un enfoque de derechos humanos de los flujos migratorios forzados**. Guatemala, 2001, p. 02.

⁵⁵ Ibidem, p. 16.

⁵⁶ Ibidem, p. 17.

⁵⁷ JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração**. In: Revista Direito GV. São Paulo, 2010, p. 278.

onusiano de direitos humanos e de sistemas de proteção regionais, no âmbito interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem determina, em seu artigo 8, que toda pessoa tem o direito de fixar sua residência dentro do território do Estado do qual seja nacional, de transitar por ele livremente e de não deixá-lo, a menos que seja por sua própria vontade.

Um dos grandes paradoxos do Direito Internacional e das Relações Internacionais, entretanto, é não haver positivado o correlato direito de *entrar* em outro Estado ou território, a não ser que seja o seu⁵⁸:

nadie cuestiona por ejemplo, la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar. Las fronteras nacionales, en un mundo ‘globalizado’, fueron abiertas al capital, pero no al trabajo.⁵⁹

Desse modo, Bedford aponta a contradição da globalização no sentido de que, na medida em que a regulação da mobilidade humana se encrudesce, a mobilidade de matéria prima, bens, capitais, serviços e informação tende, cada vez mais, a encontrar fronteiras mais porosas e elásticas⁶⁰. No mesmo sentido, Cançado Trindade aponta que, em um mundo globalizado,

se abren las fronteras a los capitales, bienes y servicios, pero lamentablemente no a las personas. Se abren las economías nacionales a los capitales especulativos, al mismo tiempo en que lamentablemente se cierran a las conquistas laborales de las últimas décadas. Se concentran las riquezas en manos de pocos, al mismo tiempo que lamentablemente aumentan, de forma creciente, los marginalizados y excluidos.⁶¹

A perspectiva de muitos Estados, nesse aspecto, é a de priorizar a (i)migração de pessoas com habilidades que vão ao encontro dos interesses do mercado interno laboral. Trata-se de prevalência da migração seletiva. Nesse sentido,

⁵⁸ BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of international migration**. In: OPENSKI, Brian; PERRUCHOU, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 17-55, p. 18.

⁵⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 15.

⁶⁰ “It is a fundamental contradiction of contemporary globalisation that regulation of population movement across national boundaries has increased during an era characterised by increasingly porous borders for movement of raw materials, goods, capital, services and information.” (BEDFORD, Richard. op. cit., p. 22)

⁶¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 15.

la généralisation du droit de sortie qui s'est dessinée depuis la fin du vingtième siècle alors que le droit d'entrée était de plus en plus restreint [...] Aujourd'hui, c'est l'inverse: la généralisation du droit de sortie ne s'est pas accompagnée de celle du droit d'entrée, malgré les textes internationaux et les philosophies de la citoyenneté cosmopolitique.⁶²

Consequência direta desse paradoxo é o crescimento da migração irregular, que se torna complexa e difícil de mensurar. De forma geral, uma gama de situações pode levar à irregularidade migratória. A entrada em determinado Estado sem a documentação adequada/sem qualquer documentação ou sem autorização e permanência em determinado Estado uma vez que esgotado o prazo legal permitido, são exemplos dessas hipóteses. A partir de uma perspectiva voltada ao horizonte dos direitos humanos, no caso dos migrantes indocumentados, deve prevalecer a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos que vincula os Estados, independentemente de qualquer circunstância ou status migratório⁶³:

el punto de partida reside en el reconocimiento de que todo migrante tiene derecho a disfrutar de todos los derechos humanos fundamentales, así como de los derechos derivados de empleos ocupados en el pasado, independientemente de su situación jurídica (irregular o no).⁶⁴

Impõe-se, mais uma vez, uma visão holística e integral dos direitos humanos⁶⁵, com vistas à sua salvaguarda, especialmente no contexto das migrações forçadas, visto que, em última análise, uma pessoa desloca-se forçadamente — situações em que a margem para violação do ato de se deslocar é inexistente ou ínfima — por consequência de uma violação ou ameaça de violação a direitos humanos⁶⁶. Nesse sentido, é pertinente situar, em definitivo, “*al ser humano en el lugar que le corresponde, ciertamente por en cima de los capitales, bienes y*

⁶² Nesse sentido: “En effet, on a assisté, depuis les années 1990 et notamment la chute du mur de Berlin, à une généralisation de la possibilité de détenir un passeport à travers le monde, d’abord dans le bloc communiste, puis ailleurs dans les pays du sud, qui ont compris qu’ils avaient plus intérêt à permettre de sortir à leurs populations plutôt qu’à les maintenir enfermées derrière les frontières nationales. Pendant longtemps jusqu’au dix-neuvième siècle, il était plus facile d’entrer dans pays étranger que de sortir de chez soi car les régimes autoritaires considéraient leur population comme une ressource démographique, agricole, militaire et fiscale qu’ils conservaient jalousement. En revanche il était facile d’entrer dans les pays d’immigration de peuplement ou pour commercer, convertir, coloniser ou découvrir.” (DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Faut-il ouvrir les frontières?** p. 02)

⁶³ Entendimento proferido pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, através do Parecer Consultivo 18/03, de 17 de setembro de 2003.

⁶⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 18.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

*servicios. Es éste quizás el mayor desafío del mundo ‘globalizado’ en que vivimos, desde la perspectiva de los derechos humanos.”*⁶⁷

2.1.1 A complementariedade entre os eixos de proteção: uma identidade de propósito

Partir da premissa de que a temática das migrações deve ser inscrita em uma perspectiva de direitos humanos implica em compreender e visualizar a interrelação dos três grandes eixos de proteção à pessoa humana. Cançado Trindade sustenta que a doutrina clássica do Direito Internacional, que apresenta a visão estritamente compartimentalizada das três vertentes da proteção internacional à pessoa — Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados⁶⁸ — haja vista suas raízes históricas distintas⁶⁹, padece diante de uma abordagem mais recente que vislumbra uma unidade de propósitos entre as três searas⁷⁰.

⁶⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 19.

⁶⁸ O Direito Internacional dos Direitos Humanos compreende, originariamente, os direitos que vieram a ser consagrados no plano internacional, mas que haviam sido anteriormente reconhecidos no plano do direito interno (direitos civis e políticos, por exemplo). Ou seja, às relações entre o Estado e as pessoas sob sua jurisdição em tempo de paz. Conforme Ramos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste no conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas, cujo marco histórico inicial é a Carta de São Francisco, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas em 1945, que sem seu preâmbulo o nos objetivos da Organização consagram a vontade da comunidade internacional em reconhecer e fazer respeitar os direitos humanos no mundo. (RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 49-50.) Conforme Peytrignet, “Dissertar sobre o direito humanitário implica, de maneira inevitável, nos referir à problemática das guerras, da violência armada, e dos enfrentamentos de todo gênero, fenômenos que marcam infelizmente a história da humanidade, e até representam uma das manifestações mais universais da natureza do ser humano, tanto nas relações entre indivíduos, como entre grupos sociais organizados, povos e nações. [...] quanto ao direito humanitário propriamente dito, poderia se dar dele a seguinte definição: Trata-se do corpo de normas jurídicas de origem convencional ou consuetudinária, especificamente aplicável aos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, evitando que sejam afetados as pessoas e os bens legalmente protegidos. O direito internacional humanitário (DIH) abarca, hoje em dia, as regras do chamado “Jus in bello”, nas suas duas vertentes principais, que são, o direito “da Haia”, relativo à limitação dos “meios e métodos de combate”, ou seja da própria condução da guerra, e o direito “de Genebra”, atinente ao respeito das “vítimas da guerra”.” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.) De forma simplificada, já que não se trata do escopo do presente trabalho, Ramos explica que “ao DIH incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais; já o DIH foca na proteção do ser humano na situação específica dos conflitos armados (internacionais e não internacional); finalmente, o DIR age na proteção do refugiado, desde a saída de seu local de residência, trânsito de um país a outro, concessão do refúgio no país de acolhimento e seu eventual término.” (RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 67.)

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 270.

⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias**, p. 64.

Ora, a corrente hodierna “*admite la interacción normativa acompañada de una diferencia en medios de implementación, supervisión o control en determinadas circunstancias*”⁷¹, atribuído-lhes o carácter essencial de *complementariedade*. O que, vale notar, não exclui a possibilidade da aplicação simultânea das três vertentes de proteção, ou de duas delas, visto que são essencialmente complementares⁷². Ainda, tal carácter tampouco é sinónimo de uniformidade. Nessa perspectiva, as três grandes vertentes se deixam guiar, a fim e a cabo, por uma identidade de propósito única: a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias. Parte-se, portanto, de uma tradicional concepção alicerçada na compartimentalização, à uma racionalidade de integração, ampliando-se e fortalecendo-se as vias de proteção da pessoa humana⁷³:

Ni el derecho internacional humanitario, ni el derecho internacional de los refugiados excuyen la aplicación concomitante de las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos. Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana.⁷⁴

Assim, sustenta-se que a partir do marco da DUDH, de 1948, e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, tendo em vista a aproximação entre as três searas de proteção nos planos conceitual, normativo⁷⁵ e hermenêutico⁷⁶ e sua correlata identidade de propósitos, a visão compartimentalizada da proteção internacional da pessoa humana mostra-se anacrônica e, portanto, definitivamente superada⁷⁷. Importa notar que a complementariedade no plano hermenêutico remonta necessariamente no reconhecimento do carácter especial dos tratados de proteção aos direitos da pessoa humana, reconhecimento este que “*acarreta conseqüências na aplicação do princípio da reciprocidade, que nesse caso é excetuado em razão da prevalência da ordem pública das normas de proteção da pessoa*

⁷¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., p. 64.

⁷² Idem.

⁷³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2003, p. 270.

⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto op. cit., p. 67.

⁷⁵ “En el plano substantivo o normativo, la interacción es manifiesta. Se pueden recordar varios ejempls. El famoso artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo, recoge derechos humanos básicos (incisos (a) hasta (d)), aplicables en tiempos tanto de conflictos armados como de paz. Del mismo modo, determinadas garantías fundamentales de la persona humana se encuentran consagradas en los Protocolo Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra (Protocolo I, artículo 75, y Protocolo II, artículos 4-6). Esta notable convergencia no es mera casualidad, pues los instrumentos internacionales de derechos humanos ejercieron influencia en el proceso de elaboración de los Protocolos Adicionales de 1977 [...]” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., p. 65.

⁷⁶ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 275-338.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 247.

humana”⁷⁸. O caráter especial dessas normas igualmente pressupõe a observância do princípio *erga omnes*, uma vez que representa obrigações incondicionais, exigíveis independentemente da participação do Estado em determinado conflito, visto que o integral cumprimento da norma interessa à comunidade internacional como um todo⁷⁹.

Se a superação acontece pouco a pouco no plano teórico e formal, é no plano empírico que a integração das vertentes precisa se dar, uma vez que quando um direito humano é violado, pouco importa que trate de uma ou outra categoria⁸⁰. Nesse sentido, De Paula e Proner pontuam que “*a urgência de restabelecimento das condições de humanidade deve conclamar todas as forças jurídicas ao mesmo tempo, cada qual oferecendo o máximo de instrumentos possíveis para atuar no caso concreto*”⁸¹. Nessa senda, não apenas o propósito entre os eixos é o mesmo, mas também a substância da qual procedem é feita da mesma natureza. As autoras sublinham que a partir da compreensão do caráter da inderrogabilidade dos direitos, dos quais derivam os princípios de proteção comum às três vertentes, torna-se flagrante a preocupação com a proteção da humana em toda e qualquer circunstância: a inviolabilidade da pessoa humana, o respeito à vida, o princípio da não-discriminação, a garantia aos direitos humanos fundamentais em quaisquer circunstâncias, o princípio da segurança pessoal e a proibição da tortura, tratamento cruel ou degradante, proibição da detenção ou prisão arbitrária e respeito ao devido processo legal⁸².

Tal compreensão, portanto, é central ante o tema de estudo sobre o qual o presente trabalho se debruça. É na própria violação de direitos humanos que se encontra a razão pela qual as pessoas se veem coagidas a abandonar seus países de origem. No particular caso da situação de refúgio⁸³:

quando pessoas têm que abandonar seus lares para escapar de uma perseguição, toda uma série de direitos humanos é violada, inclusive o direito à vida, liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de movimento e residência e o direito de não ser submetido a exílio arbitrário.⁸⁴

⁷⁸ DE PAULA, Vera Cecília Abage; PRONER, Carol. **Convergência e complementariedade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos**. In: Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.8, n.8, jul/dez.2008, p. 52.

⁷⁹ DE PAULA, Vera Cecília Abage; PRONER, Carol. op. cit., p. 52.

⁸⁰ Ibidem, p. 24.

⁸¹ Idem.

⁸² Ibidem, p. 51.

⁸³ PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016, p. 07.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia op. cit., 2014, p. 247.

Cançado Trindade pontua que a interrelação deve ocorrer, por conseguinte, em etapas sucessivas, devendo os direitos humanos serem tomados em sua totalidade, sendo respeitados, antes, durante e depois do processo de solicitação de refúgio⁸⁵. *Antes* – quando a ameaça de violação ou a efetiva violação de direitos fundamentais resulta no deslocamento forçado; *durante* – quando a pessoa se vê obrigada a abandonar seu país de origem, e *após*⁸⁶ – na fase das chamadas soluções duradouras⁸⁷.

Dentre as possíveis interrelações entre os eixos, Ramos destaca como o Direito dos Refugiados se ampara no direito humano de procurar e obter refúgio em outros países, conforme previsto na DUDH⁸⁸. No mesmo sentido, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes proíbe a devolução de uma pessoa a Estado ao qual possa correr o risco de ser submetida à tortura.

A complementariedade também é distintamente perceptível no campo da proteção internacional à criança. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, por exemplo, observa Cançado Trindade, “*da pertinente testimonio de esta identidad de propósito, al disponer, inter alia, sobre la prestación de protección y asistencia humanitaria adecuada a los niños refugiados*”⁸⁹. Nesse sentido, sublinha o autor que

en realidad, la propia evolución histórica — no hay cómo negarlo — de las distintas vertientes de protección internacional de la persona humana revela, a través de los años, diversos puntos de contacto entre ellas.⁹⁰

Sobre as aproximações nesses âmbitos, no que se refere ao tratamento de crianças separadas e desacompanhadas fora de seu país de origem, De Paula destaca que o Comitê sobre os Direitos da Crianças, por meio do Comentário Geral n. 06/2005, faz uma interpretação da Convenção sobre os Direitos da Criança abrangendo o princípio do *non-*

⁸⁵ CANÇADO TRINDADE. Antônio Augusto, op. cit., p. 272.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. op. cit., 2014, p. 258-259.

⁸⁷ “A durable solution for refugees is one that ends the cycle of displacement by resolving their plight so that they can lead normal lives. Seeking and providing durable solutions to the problems of refugees constitutes an essential element of international protection, and the search for durable solutions has been a central part of UNHCR’s mandate since its inception.” (ACNUR. **UNHCR Resettlement Handbook**: division of International Protection. Genebra, 2011, p. 21. Disponível em < <http://www.unhcr.org/46f7c0ee2.html>>. Acesso em 06 mar 2016.) Tradicionalmente, o ACNUR concebe três formas de soluções duradouras, não hierarquizadas entre si: a repatriação voluntária, o reassentamento em um terceiro país e a integração local.

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., 2015, p. 61.

⁸⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., p. 65.

⁹⁰ Ibidem, p. 66.

*refoulement*⁹¹ quando da iminência do risco de a criança retornar ao seu país de origem ou residência habitual, quando houver risco de tortura ou tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante, ou em relação a outros tratados de direitos humanos, ou na hipótese de haver risco de que a criança seja recrutada ou participe direta ou indiretamente das hostilidades⁹².

Na intersecção entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, à luz do princípio do *non-refoulement*, a Quarta Convenção de Genebra (1949), em seu art. 45, proíbe a transferência de pessoa a um Estado em que possa temer perseguição por opinião política ou religião. Na mesma linha, seu artigo 49 proíbe a deportação de civis protegidos nos casos de ocupação. De Paula nota que as aproximações ou convergências entre o Direito Internacional dos Refugiados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário tiveram o efeito de ampliar, em última instância, o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement*⁹³.

Cumprir destacar, finalmente, que a Declaração de San José (1994), redigida por ocasião do aniversário de 10 anos da Declaração de Cartagena (1984) assinalou o grande potencial de proteção que reside nas convergências entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados⁹⁴, dando ênfase não somente ao deslocamento interno, mas também às mais variadas hipóteses que circundam as situações de deslocamento forçado na região da América Latina e Caribe.

Ao longo das últimas décadas, portanto, os três eixos de proteção à pessoa humana adaptaram-se às novas realidades do cenário internacional. De tal forma, a despeito das circunstâncias em que a proteção da pessoa humana falha, importa reafirmar sua *raison d'être*⁹⁵.

⁹¹ Tanto o Comentário Geral n. 06/2005 quanto o princípio do *non-refoulement* serão abordados mais detidamente nas seções seguintes.

⁹² DE PAULA, Bruna Vieira. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direito internacional dos refugiados e o princípio do non-refoulement**. In: *Fronteira*, Belo Horizonte, V. 5, N. 9, p. 31-65, jun. 2006, p. 50.

⁹³ Idem.

⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 05.

⁹⁵ DE PAULA, Bruna Vieira. op. cit., p. 32.

2.2 UMA ENCRUZILHADA ENTRE CONCEITOS

“(...) Do país nada chegava,
só rumores sem valia,
mas em terras lá no leste,
estranha história se ouvia (...)”⁹⁶

2.2.1 Entre fronteiras: apontamentos sobre as migrações no plano internacional

A migração internacional pressupõe a travessia de uma ou mais fronteiras entre diferentes Estados ou territórios. Fronteiras tanto físicas quanto jurídicas, tanto culturais, quanto sociais, igualmente simbólicas e múltiplas⁹⁷. O início do século XXI foi marcado por um significativo crescimento das migrações internacionais. Há nesse movimento pistas que revelam novas tendências, a começar pelos locais de origem e destino frequentemente tomados⁹⁸: as migrações internacionais, desse modo, têm se alargado tanto em número quanto em amplitude geográfica, em um processo que tende a se perpetuar, dados os fatores estruturais da mobilidade humana⁹⁹.

Não somente os destinos têm se tornado mais plurais, como também têm sido o perfil daqueles que lhes tomam. Nesse sentido, na conjuntura do início do século XXI, De Wenden identifica “*novos migrantes*”¹⁰⁰. Tratam-se especialmente de mulheres, deslocados por razões ambientais¹⁰¹, refugiados, crianças separadas e desacompanhadas e migrantes Norte-Norte relacionados a crises econômicas, por exemplo. A autora observa que se as categorias de migrantes e de destinos têm se tornado mais complexas — muito se fala de fluxos migratórios

⁹⁶ BRECHT, Berthold. op. cit., 2014.

⁹⁷ “Les frontières sont multiples, en amont (contrôles) et en aval (visas), à distance dans les pays de départ et de transit et à l’arrivée sur les territoires. Mais elles sont aussi juridiques (nationaux et étrangers, Européens et non Européens), culturelles (notamment avec la désignation de l’Islam comme facteur essentiel de l’altérité), sociales (ségrégations spatiales), physiques et symboliques (discriminations).” (DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Les nouvelles migrations**. In: Revue Hommes & Libertés. N. 179. Paris: Ligue des Droits de l’Homme. 2017, p. 05)

⁹⁸ “Mais, alors que les flux sud-nord occupent l’essentiel des débats, les flux se dirigeant vers le sud de la planète (124 millions environ: sud-sud et nord-sud) ont dépassé en nombre les flux se dirigeant vers le nord (120 millions environ: sud-nord et nord-nord), même s’ils sont moins souvent comptabilisés. Le total est donc d’environ 244 millions de migrants internationaux, soit 3,5 % de la population mondiale.” (DE WENDEN, Catherine Wihtol op. cit., 2017, p. 22)

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ “Les déplacés environnementaux correspondent aussi à des migrations forcées, mais qui n’ont commencé que récemment à devenir une catégorie, liée au réchauffement climatique. Les causes des déplacés environnementaux sont multiples : outre la désertification liée au climat, les catastrophes naturelles (cyclones, tornades, tremblements de terre, éruptions volcaniques), la déforestation, la fonte des glaciers, l’immersion de zones inondables (îles Tuvalu et Maldives, îles Halligen en Allemagne, Bangladesh), les invasions d’insectes, les coulées de boue peuvent provoquer des mouvements de population.” (DE WENDEN, Catherine Wihtol. op. cit., 2017, p. 24)

mistos —, a globalização das migrações é também acompanhada de uma correlata regionalização transversal dos fluxos migratórios. Nesse sentido, é possível observar sinergias centrípetas e centrífugas em diferentes regiões do globo¹⁰². Parece correto afirmar que a velha dicotomia entre países “*produtores de migrantes*” (“*migrant-sending countries*”) e países “*receptores de migrantes*” (“*migrant-receiving countries*”) se mostra erodida, uma vez que a maioria dos países experiencia tanto os processos de emigração quanto de imigração, ainda que ora um ou outro predomine¹⁰³. Nesse sentido, “*la distinction entre pays d'accueil, de départ et de transit est aussi devenue plus floue car de nombreux pays sont devenus l'un et l'autre à la fois.*”¹⁰⁴

Ora, diversos são os fatores que impulsionam a mobilidade humana. Especialmente na atualidade, estão ligados a transformações de ordem econômica, social e política — milhares de pessoas migram em busca de trabalho, novos lares ou um local seguro para residir fora de seus países de origem. A defasagem entre os níveis de desenvolvimento humano, as crises políticas e ambientais responsáveis pela “*produção*” de deslocados forçados, a redução dos custos dos transportes, a generalização da emissão de documentos de viagem, o papel das mídias e as mudanças climáticas¹⁰⁵ podem ser considerados outros aspectos que contribuem com o contínuo e crescente movimento migratório internacional¹⁰⁶. Nessa toada, a mobilidade humana na contemporaneidade — ou a “*era da migração*”, como a descrevem Castles, Haas e Miller¹⁰⁷ — tende a perdurar na medida em que os fatores que a impulsionam continuam

¹⁰² Como é o caso da intensificação de movimentos centrífugos e centrípetos no sudeste asiático, no recebimento de migrantes da África austral pela África do Sul e das repúblicas muçulmanas que se tornaram independentes (como são os casos do Azerbaijão, Cazaquistão, Tajiquistão, Uzbequistão) pela Rússia. (DE WENDEN, Catherine Wihtol. op. cit., 2017, p. 22.)

¹⁰³ “International migration is part of a transnational shift that is reshaping societies and politics around the globe. The old dichotomy between migrant-sending and migrant-receiving countries is being eroded – if this dichotomy was ever valid at all. Most countries experience both emigration and immigration (although one or the other often predominates).” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. **The Age of Migration: International Populations Movements in the Modern World**. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2014, p. 13)

¹⁰⁴ DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Faut-il ouvrir les frontières?** p. 02.

¹⁰⁵ DE WENDEN, Catherine Wihtol. op. cit., 2017, p. 22.

¹⁰⁶ “Plusieurs facteurs sont susceptibles de provoquer la poursuite, lente et continue de ces migrations, à rebours néanmoins des images d’invasion et de conquête qu’elles véhiculent très souvent : les écarts démographiques entre le « Nord » qui vieillit et le Sud où l’on assiste à des transitions démographiques mais aussi à des croissances fortes (Afrique subsaharienne) avec une population jeune et sous-employée, l’inégale répartition des richesses industrielles et énergétiques, les crises politiques porteuses de réfugiés et de déplacés internes, l’urbanisation galopante de la terre, le changement climatique porteur de déplacés environnementaux, les facilités de transport de masse. D’autres facteurs la limitent, comme l’obligation de visas pour les deux tiers de la planète, les politiques sécuritaires de fermeture des frontières et de déportation, les politiques de dissuasion qui laissent dans la condition de sans-papiers de nombreux migrants ou provoquent des morts aux frontières des pays riches.” (DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Dynamiques migratoires dans le monde**. Humanitaires, 2012, p. 68-73, p. 71)

¹⁰⁷ CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., 2014, p. 16.

ocupando lugar central na conjuntura global. Nesse sentido, a despeito da multiplicação de novos arquétipos derivados de fluxos migratórios desenvolvidos em respostas à economia, à política, às mudanças culturais e aos conflitos diversos, Castles, Haas e Miller identificam cinco tendências gerais: 1) a globalização da migração¹⁰⁸; 2) a mudança de direção do fluxo migratório¹⁰⁹; 3) a pluralidade da mobilidade humana¹¹⁰; 4) a proliferação da migração de transição¹¹¹; 5) a feminização da migração laboral¹¹² e 6) a crescente politização da migração¹¹³.

A mobilidade humana é frequentemente definida como um complexo sistema de movimentos de curto ou longo período e de curta ou longa distância¹¹⁴. Nesse sentido, fala-se de migração interna quando se refere à circulação de pessoas dentro de um determinado país ou território, e de migração internacional quando se refere ao movimento de pessoas que cruzam o umbral que delinea o final da jurisdição territorial de um Estado e o início da

¹⁰⁸ “[...] the tendency for more and more countries to be significantly affected by international migration. Moreover, immigration countries tend to receive migrants from an increasingly diverse array of source countries, so that most countries of immigration have entrants from a broad spectrum of economic, social and cultural backgrounds.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹⁰⁹ “[...] while for centuries Europeans have been moving outward to conquer, colonize, and settle foreign lands elsewhere, these patterns were reversed after World War II. From a prime source of emigration, Europe has been transformed into a major global migration destination. As part of the same pattern, Europeans represent a declining share of immigrants in classical immigration countries such as the USA, Canada, Australia and New Zealand, along with an increase of ‘South–North’ migration. This also coincided with the appearance of a new global pole of attraction for migrant workers in the Gulf region.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹¹⁰ “[...] most countries are not dominated by one type of migration, such as labour migration, family reunion, refugee movement or permanent settlement, but experience a whole range of types at once. Migratory chains which start with one type of movement often continue with other forms, despite (or often just because of) government efforts to stop or control the movement.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹¹¹ “[...] this occurs when traditional lands of emigration become lands of immigration. Growing transit migration is often the prelude to becoming predominantly immigration lands. States as diverse as Poland, Spain, Morocco, Mexico, the Dominican Republic, Turkey and South Korea are experiencing various stages and forms of a migration transition. But other countries, for example in Latin America, have experienced reverse migration transitions as they changed from immigration to emigration countries.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹¹² “[...] in the past many labour migrations were male-dominated, and women were often dealt with under the category of family reunion, even if they did take up employment. Since the 1960s, women have not only played an increasing role in labour migration, but also the *awareness* of women’s role in migration has grown. Today women workers form the majority in movements as diverse as those of Cape Verdeans to Italy, Filipinas to the Middle East and Thais to Japan.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹¹³ “[...] domestic politics, bilateral and regional relationships and national security policies of states around the world are increasingly affected by international migration. This growing political salience of this issue is a main reason for our argument that we live in an age of migration.” (CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. op. cit., p. 16.)

¹¹⁴ “Just what these terms mean depend on the units of analysis used by statisticians in their censuses, surveys and published statistics on the people who cross boundaries between places and regions within States and between States.” (BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of international migration**. op. cit., p. 18)

jurisdição territorial de outro¹¹⁵. Evidentemente, há uma mobilidade muito mais intensa dentro das fronteiras dos Estados que através de suas fronteiras, especialmente em países com ampla extensão territorial, como é o caso da Austrália, do Brasil, do Canadá, da China e da Rússia¹¹⁶.

Nota-se um significativo esforço para a adoção de classificações relativas à migração¹¹⁷ internacional. De modo geral, Bedford observa que as tipologias adotadas para classificar a mobilidade humana no plano internacional cobrem a complexa combinação de fluxos regulares — a exemplo da migração laboral, da reunião familiar e da migração por razões humanitárias — e de fluxos irregulares — tal qual é o caso do movimento de pessoas indocumentadas, do contrabando e tráfico internacional de pessoas¹¹⁸.

Outra tipologia frequentemente utilizada particularmente em debates teóricos como o presente, diz respeito à distinção entre a migração voluntária e a migração involuntária/forçada, na medida em que aquela remete às hipóteses de mobilidade humana em que há, no limite, margem para volição do ato de se deslocar e esta remete às situações nas quais tal margem de escolha é inexistente ou ínfima.

Jubilut e Apolinário ensinam que as migrações voluntárias abrangem todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo, sem a intervenção de um fator externo:

¹¹⁵ CASAGRANDE, Melissa Martins. **Refugiados:** proteção universal sob a perspectiva da aplicação transistêmica do Direito Interno e do Direito Internacional. In: Revista Jurídica da Presidência, v. 19 n. 117. Brasília, 2017, p. 128.

¹¹⁶ Sobre a migração interna, Bedford observa que “there are also strong linkages between internal and international migration, especially with regard to migration from rural to urban areas. [...] The transition from what are essentially rural societies and economies, dominated by production of foods and commodities for local consumption, to societies where populations are increasingly concentrated in towns and cities, dependent for their livelihoods on production of goods and services for local, national and international markets, has been a universal trend since the nineteenth century. This urbanisation transition has been accompanied by unprecedented flows of people within and between States.” (BEDFORD, Richard. op. cit., p. 18)

¹¹⁷ “Os estudos a respeito de população, demografia e movimento de pessoas normalmente incluem o movimento de migrantes econômicos, refugiados e pessoas deslocadas no amplo conceito de migração, sendo esta analisada como um processo. Todavia, tal inclusão não tem sido aplicada, na prática, ao termo *migrante*, que não é entendido como um termo genérico, abrangendo várias categorias, tais como os refugiados, os deslocados e os migrantes econômicos. Um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante e se diferencia de um refugiado ou outras pessoas que foram forçadas a se deslocar por causa da intervenção de um fator externo à sua vontade.” (JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** In: Revista Direito GV. São Paulo, 2010. p. 280.)

¹¹⁸ “[...] a common distinction made within international migration flows is between the short-term tourist and visitor movements on the one hand, and longer-term temporary work, business and residential migration on the other. Within irregular flows, voluntary undocumented migration [...] and people smuggling are usually distinguished from involuntary movements associated with human trafficking.” (BEDFORD, Richard. op. cit., p. 20.)

aplicam-se, portanto, a pessoas, e membros de sua família, que se mudam para outro país em busca de melhores condições sociais e materiais de vida para si e seus familiares. Essas pessoas podem ter um *status* de migração regular ou irregular, em função de sua entrada e permanência no país de residência.¹¹⁹

As migrações forçadas, de outro lado, ocorrem “*quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado e abrangem uma vasta gama de situações*”¹²⁰. A situação tida como “*clássica*” de migração forçada é o refúgio, que protege as pessoas que tiveram que deixar seus países de origem ou residência habitual em razão de um temor de perseguição odiosa¹²¹. Na mesma linha, as categorias do asilo, do tráfico internacional de pessoas, das hipóteses de concessão de proteção complementar/temporária e do deslocamento interno de pessoas — em razão de conflitos armados, desastres ambientais ou graves violações de Direitos Humanos — se enquadram, nesse sentido, na tipologia da migração forçada. As migrações forçadas englobam, ainda, indivíduos que tiveram que se deslocar em função de situações relativas a seus direitos econômicos, sociais ou culturais: “*nesses casos, pode existir uma falta de efetivação grave de tais direitos ou a realização de obras e atividades que visem mediatamente a acelerar o desenvolvimento, mas que imediatamente causam deslocamentos*”¹²².

Costuma-se, nesse sentido, se remeter simplesmente à *migração* para fazer referência à mobilidade humana *latu sensu*, e à *migração forçada*, nos casos em que a mobilidade independe da vontade de seu agente porque, via de regra, sua permanência em seu país de origem lhe coloca em risco.

Cumprе observar que muitos Estados compartilham de uma sistemática similar relacionada à aceitação de não-nacionais em seu território. Essa sistemática é frequentemente transporecida nas modalidades de vistos passíveis de concessão, via de regra para: trabalhadores (“*skilled workers*” e “*temporary workers*”), investidores, estudantes, turistas e visitantes, integrantes do grupo familiar e postulantes de acolhida humanitária.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n. 13.445/2017, Lei de Migração, estabelece diferenças conceituais fundamentais. É considerada “*imigrante*” a pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalhe ou resida e se estabeleça temporária ou definitivamente no Brasil. É considerado “*emigrante*” o brasileiro que se estabeleça temporária ou definitivamente no exterior. É definido como “*residente fronteiro*” o indivíduo nacional de

¹¹⁹ JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. op. cit., p. 281.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ O instituto do refúgio será analisado de forma mais pormenorizada no item seguinte deste capítulo.

¹²² JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. op. cit., p. 282.

país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiro de país vizinho. Cumpre notar que no contexto brasileiro, o termo “*migrante*”, *latu sensu*, em consonância com a tendência dos estudos migratórios internacionais na perspectiva inclusiva e de direitos humanos, havia sido definido como a pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiro e o apátrida. Entretanto, o dispositivo foi vetado por ocasião da sanção presidencial do texto normativo.

No que diz respeito às modalidades de vistos — compreendido como o documento que dá a seu titular expectativa de ingresso em território nacional — concedidos a não-nacionais, o texto normativo elenca 05 (cinco) modalidades: de visita¹²³, temporário¹²⁴, diplomático, oficial e de cortesia¹²⁵.

O marco legal estabelece, nessa linha, modalidades de concessão de autorização de residência vinculadas a determinadas finalidades e/ou determinadas pessoas. Assim, de acordo com a Lei de Migração brasileira, a residência no território nacional pode ser concedida com a finalidade de pesquisa, ensino ou extensão acadêmica, tratamento de saúde, acolhida humanitária, estudo, trabalho, férias-trabalho, prática de atividade religiosa ou serviço voluntário, realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural e reunião familiar. Ainda, pode ser concedida à pessoa que seja beneficiária de tratado em matéria de residência e livre circulação, que seja detentora de oferta de trabalho, que já tenha possuído a nacionalidade brasileira e não deseje ou não reúna os requisitos para readquiri-la, que seja beneficiária de refúgio, de asilo ou de proteção ao apátrida, que seja menor nacional de outro país ou apátrida, desacompanhado ou abandonado, que se encontre nas fronteiras brasileiras ou em território nacional, que tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória ou que esteja em liberdade provisória ou em cumprimento de pena no Brasil.

¹²³ Concedido ao visitante para estada de curta duração, sem intenção de estabelecer residência, nos casos de turismo, negócios, trânsito, atividades artísticas ou desportivas e demais hipóteses definidas em regulamento (art. 13).

¹²⁴ Via de regra, concedido ao imigrante que tenha intuito de estabelecer residência por tempo determinado com finalidade de pesquisa, ensino ou extensão acadêmica, tratamento de saúde, acolhida humanitária, estudo, trabalho, férias-trabalho, prática de atividade religiosa ou serviço voluntário, realização de investimento ou de atividade com relevância econômica, social, científica, tecnológica ou cultural, reunião familiar e atividades artísticas ou desportivas com contrato por prazo determinado (art. 14).

¹²⁵ Cf. BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de Maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Lex. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019. Arts. 15 e seguintes.

Ainda que se trate de um fato do cenário internacional, não há, atualmente, um instrumento vinculante internacional amplo que regule a conduta dos Estados a respeito da migração. O que equivale a dizer: não há no plano internacional uma proteção sistematizada conferida às pessoas em movimento. Jubilut e Apolinário observam que o que existem são normas internacionais que, ao regularem questões como segurança, nacionalidade, apatridia, liberdade de circulação de pessoas, reunificação familiar, direitos humanos, tráficos de pessoas e saúde, por exemplo, tocam na temática das migrações¹²⁶. O que se verifica, portanto, são normas de proteção geral aos seres humanos que também se aplicam às pessoas em movimento¹²⁷. Algumas hipóteses recebem atenção particular, como é o caso da proteção conferida à pessoa em situação de refúgio e a proteção, gestada no marco do sistema onusiano de Direitos Humanos, através da Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias¹²⁸. Cançado Trindade observa que a ideia subjacente à Convenção — à luz do princípio da não discriminação — é a de que todos os migrantes classificados em suas disposições devam desfrutar de seus direitos humanos independentemente de sua situação migratória. Nesse sentido:

no es sorprendente que el elenco de los derechos protegidos siga una visión necesariamente holística o integral de los derechos humanos (abarcando derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. La Convención tomó en cuenta tanto los estándares laborales internacionales (derivados de la experiencia de la OIT), como los de las Convenciones de Naciones Unidas contra la discriminación¹²⁹

O autor observa que as grandes dificuldades de proteção, portanto, não se devem às diferenças no critério ou aos princípios aplicáveis ou até mesmo à gama de direitos protegidos: “*las dificultades residen en los vacíos y lagunas de la normativa de protección existente*”¹³⁰.

¹²⁶ JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi op. cit., p. 277.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Sobre a Convenção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18/12/1990, por meio da Resolução n. 45/158, Ramos anota: “No Brasil, em 15 de dezembro de 2010, o Poder Executivo submeteu a apreciação de seu texto ao Congresso Nacional por meio da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos institucionais — MSC n. 696/2010, a qual ainda está em tramitação.” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 252.) A cerca do tratado em si — cujo objetivo foi o de estabelecer normas para a uniformização de princípios fundamentais relativos ao tratamento dos trabalhadores migrantes e suas famílias por meio de uma proteção internacional adequada, tendo em vista sua condição de vulnerabilidade — Jubilut e Apolinário observam que “[...] o documento, em vigor desde 2003, é bastante abrangente e garante direito aos trabalhadores migrantes que estejam regulares ou não no país de acolhida. Contudo, a adesão internacional a ele é bastante reduzida [...]” (JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. op. cit., p. 279.)

¹²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. op. cit., 2001, p. 13.

¹³⁰ Ibidem, p. 14.

Os desafios relacionados à migração, conforme anota De Wenden, remetem em profunda medida a uma comunidade internacional que, via de regra, valoriza a mobilidade humana para um determinado perfil de indivíduos — os mais ricos, mais instruídos e empreendedores —, e reprime para os demais, através de um sistema rigoroso de controle — e não gestão — de fronteiras, aberta a alguns e fechadas ou semi-aberta a outros. Deste cenário resultam violações de direitos humanos de migrantes em situação de vulnerabilidade e/ou indocumentados, mortes nas travessias e forte militarização nas fronteiras. Para a autora, *“la migration va se poursuivre car elle vient atténuer les grandes lignes de fracture du monde et favoriser la fluidité des échanges”*¹³¹.

2.2.2 Em fuga: apontamentos sobre a proteção internacional da pessoa refugiada

A definição de pessoa refugiada evoluiu do foco à proteção de pessoas em situação de apatridia *de facto*, para abranger grupos de pessoas que haviam perdido o direito fundamental à cidadania e então, no pós-guerra, para abarcar indivíduos em fuga por conta de injustiças cometidas em seu país de origem¹³². Nesse sentido, *“not only did the definition of a refugee shift from a juridical, to a social and finally to an individualist perspective, but the actual rights guaranteed to refugees under the succession of refugees treaties also changed over time”*¹³³. A ideia do vocábulo “refúgio” é rica em reminiscências em diversos contextos — espaciais, temporais, emotivos¹³⁴. Para o Direito, a noção, que até a segunda década do século XX era tratada sob uma perspectiva pontual, é garantida de conteúdo específico. Nesse sentido, *“a categoria jurídica do refúgio materializa-se durante a Segunda Guerra Mundial e*

¹³¹ “Ces mutations sont aussi affectées, dans un monde qui à la fois valorise la mobilité pour les uns (les plus riches, les plus diplômés, les plus entreprenants), et la réprime pour les autres (les moins qualifiés, les pauvres) par le régime des frontières, ouvertes aux uns et fermées ou semi-ouvertes aux autres, sous la pression d’opinions publiques qui perçoivent les migrants comme un « problème ». Ces frontières sont, dans l’ensemble, fermées vers le nord et ouvertes vers le sud. Nombre d’effets pervers en résultent : violations des droits de l’Homme avec les sans-papiers, morts aux frontières, économie criminalisée du passage, coût de la gestion militarisée des frontières. Mais la migration va se poursuivre car elle vient atténuer les grandes lignes de fracture du monde et favoriser la fluidité des échanges.” (DE WENDEN, Catherine Wihtol. op. cit., 2012, p. 68-73, p. 71)

¹³² HATHAWAY, James. **Refugees and Asylum**. In: OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 177-204, p. 178.

¹³³ Sobre o percurso da proteção do direito dos refugiados, Hathaway observa que “the predominant focus of refugee treaties was on ensuring access to key socio-economics rights — for example, relief from foreign labour restrictions, access to education, and the right to receive medical and welfare benefits. International agencies were not engaged simply in oversight but were the lead entities entrusted with protecting refugees”. (HATHAWAY, James. **Refugees and Asylum** op. cit., p. 178)

¹³⁴ CASAGRANDE, Melissa Martins. op. cit., p. 128.

consolida-se após esse conflito de grandes proporções e devastadoras consequências”¹³⁵.

Após debates e tentativas de ações sistematizadas, em 1950, foi estabelecido como órgão subsidiário da Assembléia das Nações Unidas, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)¹³⁶. No ano de 1951, foi aprovada a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados¹³⁷, trazendo em seu bojo a definição de pessoa em situação de refúgio — cláusulas de elegibilidade, exclusão e cessação —, direitos, garantias¹³⁸ e obrigações a serem levadas a cabo pelos Estados-Parte. O texto adotado pela Convenção de 1951 considera como refugiado toda pessoa que, obstada de valer-se da proteção de seu país de origem, abandona seu lar por temor de perseguição odiosa — *por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política*¹³⁹. Casagrande pontua que “*com relação ao ser refugiado, sugere-se que seja mais pertinente usar o verbo ‘estar’, pois o estar refugiado representa condição vivida subjetivamente e categorizada objetivamente pelo Direito*”¹⁴⁰.

Elaborado para proteger vítimas de um fenômeno concebido até então como temporário, e tendo em vista a relutância dos Estados-Parte em assinar uma espécie de “*xequê em branco*” para um número ainda incerto de futuros refugiados¹⁴¹, o texto estabeleceu duas reservas, uma de ordem temporal e outra de ordem geográfica. Quanto à temporal, coube aos Estados-Parte estipular o entendimento adotado sobre a expressão “*acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951*”. O fragmento poderia ainda ser compreendido como “*acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa*”, o que permitia aos Estados-Parte traçar a limitação geográfica, aplicando os termos da Convenção somente a acontecimentos anteriores a 1951 e ocorridos no território europeu.

¹³⁵ CASAGRANDE, Melissa Martins. op. cit., p. 132.

¹³⁶ Estabelecido como órgão subsidiário da Assembléia Geral pela Resolução 319 (IV) da Assembléia Geral das Nações Unidas de Dezembro de 1949. Doravante, simplesmente “Convenção de 1951”.

¹³⁷ Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951, entrada em vigor em 22 de abril de 1954.

¹³⁸ “A real strength of the Refugee Convention is its rights regime, which not only guarantees such critical rights as non-penalisation for illegal entry, non-expulsion and *non-refoulement*, but provides for the most far-reaching guarantees of socio-economic rights granted to any category of non-nationals under international law. Read together with the subsequently enacted norms of international human rights law, the refugee rights regime is an extraordinarily resilient and comprehensive normative structure.” (HATHAWAY, James. op. cit., p. 178)

¹³⁹ “[...] o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa: [...] que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Lex. Brasília, 22 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 06 de out. 2018.

¹⁴⁰ CASAGRANDE, Melissa Martins. op. cit., p. 128.

¹⁴¹ GOODWIN-GIL, Guy. **The International Law of Refugee Protection**. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy; SIGONA, Nando (org.). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, 2014, p. 03.

Com o tempo, entretanto, tornou-se evidente que o movimento de pessoas deslocadas de maneira forçada continuava e, por óbvio, não restava confinado a um único território — ou pelo menos, não somente pessoas de um único continente poderiam ser merecedoras da proteção internacional. Especialmente na década de 1960, em razão da descolonização da Ásia e da África, novos fluxos migratórios geraram disputas em torno de zonas de influências pelos blocos soviético e ocidental.

Ante a necessária alteração da redação de 1951, visando ampliar o alcance da conceituação de pessoa em situação de refúgio, elaborou-se, em 1967, o Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados¹⁴², que eliminou as reservas então existentes: “*there is a legal duty to read the Convention’s protection responsibilities in the geopolitically and temporally inclusive way mandated by the Protocol*”¹⁴³. Nesse sentido, o Protocolo de 1967 é tido por muitos como fator de “universalização” da Convenção de 1951. Hathaway pondera que “*it did not in fact vary the criteria of the Convention [...]. As such, many involuntary migrants in the less developed world remain excluded from the refugee regime*”¹⁴⁴.

Com base nos instrumentos globais, a definição de pessoa refugiada, mais do que interpretada de forma literal, deve ser lida à luz de cada contexto. Nesse sentido, a hermenêutica da definição de refúgio é passível de constantes atualizações, uma vez que a Convenção precisa ser concebida como um “*living instrument*”¹⁴⁵. Não obstante, Hathaway destaca seis critérios a serem preenchidos para o reconhecimento de uma pessoa como refugiada. São eles: i) a extraterritorialidade (“*alienage*”); ii) o risco genuíno (“*genuine risk*”); iii) o dano grave (“*serious harm*”); iv) a falha no sistema de proteção (“*failure of State protection*”); v) o nexo causal com status civil ou político (“*nexus to civil or political status*”) e vi) a necessidade de proteção. Desse modo, sistematiza o autor:

¹⁴² Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, adotado em 31 de janeiro de 1967, entrada em vigor em 4 de outubro de 1967. Doravante, simplesmente “Protocolo de 1967”.

¹⁴³ HATHAWAY, James. op. cit., p. 179.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Goodwin-Gil observa que em que pese a Convenção de 1951 ser frequentemente concebida como um tratado de direitos humanos, cuja abordagem deve ser a de um “*living instrument*”, modificando-se para alcançar as necessidades e os desafios a ela subsequentes, a Convenção difere-se de outros tratados, “and it is styled a convention relating to the *status* of refugees, rather than one on the rights of refugees. Moreover, it does not frame ‘refugee rights’ in terms of what ‘every refugee’ shall enjoy and ‘no refugee’ shall be denied; in this sense its approach differs markedly from that later adopted in the 1966 Covenants, the 1989 Convention on the Rights of the Child, or the 2006 Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Whereas later human rights treaties tend to identify the individual as the point of departure—whether simply by virtue of being human, or a child, a woman, a worker, or someone with a disability—the practice of states and international organizations has itself helped to bring the concept of refugee rights into the foreground of international legal protection doctrine.” (GOODWIN-GIL, Guy. **The International Law of Refugee Protection**. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy; SIGONA, Nando (org.). *The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies*, 2014, p. 09)

the person has to be outside his or her country due to a genuine risk of the infliction of serious harm, resulting from a failure of state protection, which risk is causally connected to a protected form of civil or political status; and the person must be in need of and deserving of protection.¹⁴⁶

Nesse sentido, importa destacar que o status de pessoa refugiada é adquirido assim que a pessoa deixa seu país de origem, ainda que nenhum Estado esteja obrigado a proteger uma pessoa até que ela efetivamente esteja sob sua jurisdição (extraterritorialidade). Não importa, nessa ordem de ideias, se a entrada ou a permanência no país de refúgio foi realizada de forma irregular. No caso das pessoas apátridas, quando também configurada a situação de refúgio, o termo “*país de origem*” pode também ser entendido como local de residência habitual¹⁴⁷. Ainda, não há necessidade de que as pessoas em situação de refúgio tenham que procurar por proteção em sua região ou no primeiro país considerado seguro a que chegarem¹⁴⁸. No mesmo sentido, refugiados *sur place*¹⁴⁹ — gozam dos mesmos direitos positivados na Convenção de 1951, isso porque “*the fear of persecution looks to the future and can emerge during an individual’s absence from their home country, for example, as a result of intervening political change*”¹⁵⁰.

A doutrina compreende que o fundado temor de perseguição, ou a sua expectativa, abrange dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Nesse sentido, o medo de ser perseguido não se encontra apenas na mente do solicitante (aspecto subjetivo), mas deve ser comprovado

¹⁴⁶ HATHAWAY, James op. cit., p. 183.

¹⁴⁷ GOODWIN-GIL, Guy. op. cit., p. 04.

¹⁴⁸ Nesse sentido: “Despite the proliferation so-called ‘country of first arrival rules’, which purport to force refugees to seek protection in a single designated State, a transfer of protective responsibility is lawful under the Refugee Convention only where effected in a timely way and without infringing the refugee’s acquired rights [...]. If, and only if, these standards are met, protective responsibility may lawfully be transferred to another State party, whether or not the refugee consents to that transfer.” (HATHAWAY, James. op. cit., p. 183)

¹⁴⁹ “A exigência de que uma pessoa se encontre fora do seu país para ser um refugiado não requer, necessariamente, que ela tenha deixado o seu país ilegalmente, tampouco que o tenha deixado em razão de um fundado temor. A pessoa pode decidir solicitar refúgio mesmo após ter vivido algum tempo no exterior. Um indivíduo que não era refugiado quando deixou o seu país, mas que se torna refugiado posteriormente é chamado de refugiado ‘*sur place*’. Uma pessoa pode se tornar um refugiado ‘*sur place*’ devido a circunstâncias que surjam no seu país de origem durante a sua ausência. Diplomatas e outros funcionários em serviço no exterior, prisioneiros de guerra, estudantes, trabalhadores migrantes e outros indivíduos que solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado durante a sua residência no exterior e foram reconhecidos como refugiados. Uma pessoa pode se tornar um refugiado ‘*sur place*’ devido aos seus próprios atos, seja porque se associou com refugiados já reconhecidos, seja por expressar suas opiniões políticas no país de residência. Para determinar se tais atos são suficientes para justificar o fundado temor de perseguição deve ser feita uma análise cautelosa das circunstâncias. Em particular, deve-se avaliar se tais ações podem ter chegado ao conhecimento das autoridades do país de origem e como elas poderiam ser interpretadas por essas autoridades.” (ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. p. 21)

¹⁵⁰ GOODWIN-GIL, Guy. op. cit., p. 05.

também por fatos (aspecto objetivo). O temor de perseguição subjetivo deve ser presumido, haja a vista a impossibilidade fática de estabelecer um grau necessário de medo para a configuração do refúgio, de forma que se procede à verificação das condições objetivas do Estado de origem para assim se chegar à conclusão de que o temor é, ou não, fundado. É possível, nesse sentido, que uma pessoa tenha sofrido várias medidas que, por si só, não constituem perseguição — como é o caso da discriminação —, mas que combinada com outros fatores adversos, a levem a um estado de espírito que justifique o fundado temor de perseguição.

Em que pese a perseguição constitua elemento essencial do refúgio, não é expressamente definida nos diplomas internacionais que regulam a matéria. Diante de tal ausência, no Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para a Determinação da Condição de Refugiado, o ACNUR recomenda a definição da perseguição como: “*a ameaça à vida ou à liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou pertencimento a um grupo social específico*”¹⁵¹. Nesse sentido, o Alto Comissariado orienta que para a avaliação de outras ameaças que possam configurar uma perseguição, é necessário analisar as circunstâncias de cada caso concreto. Assim, “*the notion of inability to secure the protection of the state is broad enough to include a situation where the authorities cannot or will not provide protection, for example, against persecution by non-state actors*”¹⁵².

Vale notar que o elemento do dano grave, na sistematização de Hathaway, não restringe o status de refugiada a pessoas capazes de comprovar consequências que remetam a proporções de vida ou morte: “*the Refugee Convention accepts that deprivation of basic civil and political freedoms is sufficient cause for surrogate international protection. In addition, threats to core social and economic rights are increasingly recognised as persecutory*”¹⁵³.

Após a adoção da Convenção de 1951 e seu Protocolo, de 1967, contudo, constatou-se, especialmente nos âmbitos regionais africano e latino-americano, a necessidade de tornar o conceito de pessoa em situação de refúgio mais abrangente. A Organização da Unidade Africana (OUA), nesse sentido, aprovou a Convenção da Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, em 1969. A Convenção Africana, que entrou em vigor em 1974, estabeleceu de forma pioneira uma definição ampliada de refugiado, aplicando, sem excluir as hipóteses previstas nos

¹⁵¹ ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. p. 14.

¹⁵² GOODWIN-GIL, Guy. op. cit., p. 04.

¹⁵³ HATHAWAY, James. op. cit., p. 185.

instrumentos globais, o termo refugiado também àquele que é compelido a cruzar fronteiras em razão de agressão estrangeira ou perturbação da ordem pública, independentemente da existência de temor de perseguição:

this treaty broke new ground by extending protection to all persons compelled to flee across national borders by reason of any man-made disaster. In contrast to the Refugee Convention, it does not require a link between risk and civil or political status, and extends protection to persons fleeing harm that affects only a portion of their country of origin.¹⁵⁴

Na América Latina, igualmente, conforme observam Gediel e Casagrande,

por um lado, a definição restritiva dos instrumentos globais não abarcava todas as pessoas vulneráveis e carentes de proteção e, por outro, a maioria dos países envolvidos no processo não havia participado do desenvolvimento do regime global de refúgio e, conseqüentemente, não era signatário dos instrumentos internacionais de proteção por conta dos regimes políticos em vigor¹⁵⁵.

Nesse sentido, a Declaração de Cartagena, adotada em 1984, ampliou a definição do regime de 1951, recomendando que também considerassem-se refugiadas as pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, pela agressão estrangeira, pelos conflitos internos, pela violação maciça de Direitos Humanos, ou por circunstâncias que hajam perturbado gravemente a ordem pública. A Declaração de Cartagena, em que pese tratando-se de um instrumento sem aplicabilidade direta no âmbito do Direito Internacional, foi incorporada pela grande maioria dos países da região em suas legislações nacionais¹⁵⁶.

No contexto europeu, a União Europeia, a partir de 2004, promulgou diretrizes vinculativas relacionadas, por exemplo, ao reconhecimento do status de pessoa em situação de refúgio e ao sistema de proteção subsidiária¹⁵⁷. Essas diretrizes, concebidas como padrões mínimos e subordinadas à Convenção de 1951, têm sido, desde 2009, interpretadas e aplicadas pela Corte Europeia de Justiça. Hathaway, sobre o cenário regional de proteção europeu observa que:

¹⁵⁴ HATHAWAY, James. op. cit., p. 180.

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. **A Migração Haitiana recente para o Brasil: bases teóricas e instrumentos políticos-jurídicos**. In: Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., 2015, p. 97-110, p. 101.

¹⁵⁷ HATHAWAY, James. op. cit., p. 180.

in contrast to the principled expansion at the root of African and Latin American initiatives, regional asylum activity in the European Union has been prompted by the protection dictates of European human rights law and, in particular, by the determination of the States to achieve regional harmonisation in refugee law.¹⁵⁸

Cada Estado parte da Convenção de 1951 assume o dever de implementar seus compromissos internacionalmente firmados em boa fé, o que frequentemente significa sua incorporação em legislação doméstica e o ajuste de mecanismos internos para que as pessoas identificadas em situação de refúgio sejam protegidas em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela comunidade internacional¹⁵⁹:

The 1951 Convention is not self-applying, and while recognition of refugee status may be declaratory of the facts, the enjoyment of most Convention rights is necessarily contingent on such a decision being made by a state party. A procedure for the determination of refugee status thus goes a long way towards ensuring the identification of those entitled to protection, and makes it easier for a state to fulfil its international obligations.¹⁶⁰

A Convenção de 1951, para além de definir a pessoa em situação de refúgio — a partir das chamadas cláusulas de inclusão ou de elegibilidade — também define as condições sob as quais uma pessoa *deixa de ser* reputada como refugiada. São as chamadas cláusulas de cessação de refúgio. Sua *raison d'être* parte do princípio de que a proteção internacional não deve ser mantida quando não é mais necessária ou justificada¹⁶¹. Nesse sentido, o ACNUR anota que “*uma vez que a condição de refugiado tenha sido atribuída a uma pessoa, ela é mantida a menos que o refugiado incorra em alguma das circunstâncias previstas nas cláusulas de cessação.*”¹⁶² O artigo 1 C da Convenção de 1951 enumera, em caráter taxativo¹⁶³, seis cláusulas de cessação do status de pessoa refugiada, das quais quatro — voltar a valer-se voluntariamente da proteção do país de sua nacionalidade, readquirir

¹⁵⁸ HATHAWAY, James. op. cit., p. 180.

¹⁵⁹ Nesse sentido, o Direito Internacional dos Refugiados, ou conforme Goodwin-Gil, the International Law of Refugee Protection, é a fonte que compreende instrumentos de proteção — convenções, tratados, costumes, princípios gerais do Direito, legislação interna e standards básicos de proteção, especialmente aqueles editados pelo ACNUR — às pessoas em situação de refúgio.

¹⁶⁰ GOODWIN-GIL, Guy. op. cit., p. 05-06.

¹⁶¹ ACNUR. **Manual de Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, p. 24.

¹⁶² Idem.

¹⁶³ “As cláusulas de cessação têm caráter negativo e são enumeradas taxativamente. Estas cláusulas devem, portanto, ser interpretadas de modo restritivo, e não pode ser invocada nenhuma outra razão, por analogias, para justificar a perda da condição de refugiado. Obviamente, se um refugiado, por qualquer motivo, não deseja mais ser considerado como refugiado, não haverá razão para manter a condição de refugiado e a proteção internacional.” (ACNUR. **Manual de Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, p. 25)

voluntariamente a sua nacionalidade; adquirir uma nova nacionalidade e se restabelecer voluntariamente no país em que possuía um temor de perseguição — refletem uma mudança na situação da pessoa refugiada resultante de sua própria iniciativa e duas — quando ocorrem mudanças onde havia um temor de perseguição, de forma que as razões pelas quais a pessoa se tornou refugiada deixam de existir — refletem mudanças no cenário do local onde a perseguição ocorrera.

Ainda, o instrumento ainda contém disposições aplicáveis a pessoas que, embora preencham os requisitos de elegibilidade, não podem se beneficiar da condição de refugiado. Tratam-se de: pessoas que já se beneficiam da proteção ou assistência das Nações Unidas¹⁶⁴, pessoas consideradas como não necessitadas de proteção internacional¹⁶⁵, pessoas que se considera não merecerem a proteção internacional¹⁶⁶. São, portanto, as chamadas cláusulas de exclusão, estabelecidas nas seções D, E e F do artigo 1 da Convenção de 1951.

Trazendo a abordagem do refúgio para o cenário local, importa notar que o Brasil promulgou em 1997 uma lei específica para o refúgio, incorporando no ordenamento jurídico os instrumentos internacionais. Trata-se da lei n. 9.474/1997, conhecida como Lei de Refúgio, a primeira legislação nacional específica adotada na América do Sul. A Lei de Refúgio, no artigo 1º, incisos I e II, reconhece como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias

¹⁶⁴ “De acordo com esta cláusula, a exclusão recai sobre qualquer pessoa que se beneficie de proteção ou assistência por parte de organismos ou agências das Nações Unidas que não seja o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Essa proteção ou assistência era assegurada anteriormente pela antiga Agência das Nações Unidas para a Reconstrução da Coréia (UNKRA) e atualmente é prestada pelo Organismo de Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Oriente Médio (UNRWA). Outras situações similares poderão existir no futuro.” (ACNUR. **Manual de Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, p. 30)

¹⁶⁵ “Essa cláusula se aplica ao caso das pessoas que, apesar de poderem se beneficiar da condição de refugiado, foram recebidas em um país no qual lhes foi garantido a maior parte dos direitos assegurados aos nacionais, mas não a cidadania formal (em geral, são denominados “refugiados nacionais”). A população do país que os recebeu é, na maioria das vezes, da mesma origem étnica.” (ACNUR. **Manual de Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra, p. 30)

¹⁶⁶ De acordo com o art. 1 F da Convenção de 1951: “As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) Cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dado pelos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) Cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiadas; c) Tornaram-se culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.”

descritas no inciso anterior;¹⁶⁷

Também o Estado brasileiro incorporou em sua legislação o conceito de pessoa refugiada proposto pela Declaração de Cartagena, dispondo no artigo 1º, inciso III, que será reconhecido como refugiado aquele que “*devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país*”¹⁶⁸. Por tal definição, a lei brasileira ampliou o prisma de proteção para vítimas de migração forçada.

A Lei 9.474/1997 criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o órgão responsável, sobretudo, pela análise dos pedidos de solicitação de refúgio e pela declaração, se preenchidos os critérios de elegibilidade, da condição de refugiado, assim como os casos de perda e cessação de refúgio¹⁶⁹. Sobre a normativa brasileira, cumpre notar ainda que o solicitante de refúgio tem o direito subjetivo de ingressar no território brasileiro, até que sua situação de refúgio seja decidida pelo CONARE (ou, em recurso, pelo Ministro da Justiça). Sendo deferido o reconhecimento, a decisão de concessão do refúgio é declaratória, com efeito *ex tunc*¹⁷⁰.

Hodiernamente, a arquitetura do Direito Internacional dos Refugiados é frequentemente discutida. Muitos Estados colocam em xeque alguns aspectos da proteção concedida a refugiados e reiteradamente discute-se se seus objetivos têm de fato obtido êxito:

countries with strong traditions of receiving refugees and giving shape to the international regime of refugee protection advocate a rethinking of the very system they helped create. Despite the continuous value of international refugee law and asylum practices, many feel the system is not working, and international refugee law currently does not provide state with means necessary to control irregular migration — while at the same time help identify those who are deserving of international protection.¹⁷¹

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Lex**. Brasília, 22 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Conforme prevê o artigo 14 da Lei 9.474/97, CONARE é presidido por um representante do Ministério da Justiça e integrado por um representante do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Saúde, Educação e Trabalho e Emprego, da Polícia Federal e um representante de organização não-governamentais dedicada a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.

¹⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas**. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis de. 60 anos de ACNUR. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 15-44, p. 40.

¹⁷¹ GORLICK, Brian. **Refugee Protection in Troubled Times: Reflections on Institutional and Legal Developments at the Crossroads**. In: STEINER, Niklaus; GIBNEY, Mark; LOESCHER, Gil (org.). Problems of Protection: the UNHCR, Refugees and Human Rights. Londres: Routledge, 2003, p. 79-99, p. 80.

São frequentes críticas feitas à Convenção de 1951 e ao Protocolo de 1967 no sentido de que os instrumentos se mostram obsoletos, eurocêtricos e possuem relevância limitada, especialmente no que concerne aos desafios relacionados ao deslocamento forçado em países em desenvolvimento. Nesse sentido, uma crítica recorrente é a de que a proteção institucionalizada do refúgio é direcionada à determinação do status de pessoa refugiada de forma individualizada, de forma que questões sociais em Estados em desenvolvimento — que são confrontados com um grande e misto fluxo de pessoas em deslocamento forçado — não são tidas como relevantes. A proteção institucionalizada é colocada, ainda, em xeque com o crescente aumento de refugiados e solicitantes de refúgio ao redor do globo, sua correlata sobrecarga desproporcional no acolhimento por alguns poucos países e o crescimento de extremismo político contrário ao movimento migratório. Nesse sentido,

this questioning of the founding legal instruments and principles of refugee protection has arisen due to a variety of factors including shifts in the global perspective of refugee problems particularly in the post-Cold War era. The powerful role of media attention (or lack thereof), in addition to ideological changes in refugee discourse have played a role in shifting the international response to refugee outflows.¹⁷²

Chimni critica a abordagem, de acordo com o autor, positivista¹⁷³ do Direito Internacional dos Refugiados, e seu discurso apolítico:

The Cold War construction and interpretation of the 1951 UN Convention [...] coupled with the non-political character of UNHCR's mandate, encouraged and legitimized this depoliticized discourse. The positivist approach which dominated international refugee law in these decades, with its emphasis on the separation of the legal and political spheres, represented the perfect embodiment of this depoliticized discourse.¹⁷⁴

Nesse sentido, o autor nota que a chegada ao norte global, desde a década de 1980, de “*novos solicitantes de refúgio*” deu início a um processo de re-pensar por parte dos Estados — mudança das razões ideológicas para a aceitação de refugiados pelos países do Norte global —, o que resultou nas atuais práticas restritivas de admissão de solicitantes de refúgio, oriundos do Sul global, por parte dos Estados (“*non-entrée regime*”)¹⁷⁵. Nesse período

¹⁷² GORLICK, Brian. op. cit., p. 81.

¹⁷³ Nesse sentido: “This tradition views international law as an abstract system of rules which can be identified, objectively interpreted, and enforced.” (CHIMNI, Bhupinder. **The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South**. In: Journal of Refugee Studies. Oxford University Press, 1998, p. 350-374, p. 352.)

¹⁷⁴ Ibidem, p. 350.

¹⁷⁵ “The rejection of the exilic bias also legitimized the non-entree regime which came to be consolidated

marcado por mudanças paradigmáticas na política internacional, Chimni identifica a criação do mito da diferença, a partir do qual,

the nature and character of refugee flows in the Third World were represented as being radically different from refugee flows in Europe since the end of the First World War. Thereby, an image of a ‘normal’ refugee was constructed — white, male and anti-communist — which clashed sharply with individuals fleeing the Third World.¹⁷⁶

O mito da diferença, na visão de Chimni, andou de mãos dadas com uma interpretação predominantemente internalista das razões causadoras dos deslocamentos forçados, deixando a responsabilidade às portas dos Estados pós-coloniais, ignorando o alcance de fatores externos.

O cenário atual, aliado à falta de comprometimento dos Estados com os compromissos assumidos ante a comunidade internacional, têm levado os Estados a adotar medidas cada vez mais restritivas com relação ao tema, seja no que diz respeito à restrição do acesso a seu território, ao procedimento de solicitação de refúgio ou até mesmo à própria definição de pessoa refugiada. Nesse sentido, tem-se verificado a tendência de aplicação de mudanças legislativas radicais visando à restrição do acesso à solicitação de refúgio e à interpretação dos ditames da Convenção de 1951 e do Protocolo Adicional, como a imposição de multas a empresas que transportam migrantes sem documentos; a exigência de vistos de nacionais de países “*produtores de refugiados*”; a interdição de embarcações em alto mar para evitar que passageiros refugiados cheguem ao continente; a imposição de prazos rigorosos para a apresentação dos pedidos de solicitação de refúgio; a restrição ao direito de ampla defesa e contraditório em recursos administrativos; a utilização da teoria “*safe country of origin*”; a adoção de interpretação limitada do artigo 1 da Convenção de 1951 em detrimento de formas mais precárias de proteção, tais como a proteção temporária ou complementar (“*temporary or subsidiary protection*”); a criação de “*safe havens*” para desencorajar ou conter as iniciativas de solicitação de refúgio¹⁷⁷; e a adoção de medidas de detenção¹⁷⁸.

after the end of the Cold War: Western states portray the non-entree regime as being composed of measures which merely seek to check abuse of refugee status by individuals seeking a better life in the affluent North. Coupled with the growing inability of impoverished Third World states to carry the burden of refugees, the new approach led to the increasing acceptance of involuntary repatriation and a focus on in-country protection and internally displaced persons (IDPs).” (CHIMNI, Bhupinder. op. cit., p. 352)

¹⁷⁶ CHIMNI, Bhupinder. op. cit., p. 351.

¹⁷⁷ Cf. FASSIN, Didier. **Humanitarian Reason: A Moral History of the Present**. Berkely: University of California Press, 2012, p. 133-157.

¹⁷⁸ KUKATHAS, Chandran. **Are Refugees Special?** In: FINE, S.; YPI, L. (org.). *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 249-268, p. 260.

2.2.2.1 Notas sobre o princípio do *non-refoulement*

Na esteira dos compromissos assumidos — e, entretanto, nem sempre cumpridos — pela comunidade internacional, no âmbito da temática do deslocamento forçado, importa para os fins do presente estudo deter-se à vedação ao *refoulement*. O *non-refoulement*, ou a não-devolução, consiste no princípio a partir do qual os Estados não podem reenviar um refugiado ou solicitante de refúgio para qualquer local onde sua vida ou sua liberdade sejam colocadas em risco. Não se aplica, nessa ordem de ideias, somente ao retorno ao país de origem — ou, na hipótese de pessoa apátrida, ao local de residência habitual —, mas também a qualquer outro lugar onde tenha razões para temer ameaças a sua vida ou liberdade¹⁷⁹. O princípio, assim, “*preserva (...) um equilíbrio constantemente renovado entre a soberania inevitável do Estado na admissão de estrangeiros e a necessária proteção de pessoas em situação de refúgio, cuja vida e liberdade são ameaçadas*”¹⁸⁰

A ideia de que um Estado não deve retornar pessoas a outros países em determinadas circunstâncias é de origem relativamente recente. Cançado Trindade observa que as primeiras referências ao princípio do *non-refoulement* surgiram na prática internacional durante o período do entre guerras, sobretudo a partir da década de 1930. É, entretanto, somente no período posterior à Segunda Grande Guerra que o *non-refoulement* passa a se configurar como um princípio básico e pedra angular do Direito Internacional dos Refugiados, sendo consagrado no artigo 33 da Convenção de 51¹⁸¹, e, posteriormente, inclusive, expressamente tutelado pela Declaração de Cartagena, como de um princípio de *jus cogens*¹⁸². Desse modo,

¹⁷⁹ ACNUR. **Opinião Consultiva sobre a Aplicação Extraterritorial das Obrigações de Non-Refoulement à Luz da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967**. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei n. 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 194.

¹⁸⁰ Livre tradução da autora: “Préserve ainsi un équilibre sans cesse renouvelé entre l'incontournable souveraineté de l'État de l'admission des étrangers et la nécessaire protection des réfugiés menacés de leur vie ou leur libertés.” (CHETAIL, Vincent. **Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international**. In: HCR (délégation pour la France); INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. *La Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au Statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives*. Bruylant, 2001, p. 5-6.)

¹⁸¹ Artigo 33: “1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.”

¹⁸² Quarta conclusão: “Ratificar a natureza pacífica, apolítica e exclusivamente humanitária da concessão de asilo ou do reconhecimento da condição de refugiado e sublinhar a importância do princípio internacionalmente

“a perenidade dos direitos associados ao estatuto de refugiado é garantida pelo princípio do non-refoulement”¹⁸³.

Diversas são as ações, nesse sentido, que podem remontar ao *refoulement*, de forma direta ou indireta¹⁸⁴. Hathaway aponta os exemplos de construção de barreiras físicas e inadmissão em territórios de fronteira, óbice no acesso ao processo de determinação do status de pessoa refugiada — que pode ser ainda mais acentuado no caso de crianças menores separadas e desacompanhadas¹⁸⁵ — interdição de pessoas em deslocamento em territórios de domínio internacional, especialmente em alto mar, e adoção de práticas características da política *non-entrée*, cujo objetivo, conforme outrora aludido, é o de implementar normas com o efeito de impedir que pessoas até mesmo tenham a possibilidade de chegar ao ponto de conseguirem apresentar seus pedidos de solicitação de refúgio às autoridades migratórias. Cumpre aqui destacar que o clássico mecanismo da política *non-entrée* “is to impose a visa requirement on the nationals of genuine refugee-producing countries, enforced by sanctions against any carrier that agrees to transport a person without a visa”¹⁸⁶. Outros mecanismos são o das inadmissões a partir das regras de primeiro país de chegada¹⁸⁷ e “safe third country”¹⁸⁸, já aludidas neste trabalho, e “the designation of entire countries or populations as manifestly not at risk, and hence unworthy of serious consideration for refugee status”¹⁸⁹

aceite segundo o qual nada poderá ser interpretado como um ato inamistoso contra o país de origem dos refugiados.”

¹⁸³ Livre tradução da autora: “La pérennité des droits attachés au statut de réfugié est ainsi garantie par le principe de non-refoulement.” (CHETAIL, Vincent. op. cit., p. 36.)

¹⁸⁴ Nessa linha: “The most urgent need of refugees is to secure entry into a territory in which they are sheltered from the risk of being persecuted. This fundamental concern must somehow be reconciled to the fact that all of the earth’s territory is controlled or claimed by governments which, to a greater or lesser extent, restrict access by non-citizens. This clash of priorities has led to proposals to lease land from states on which to shelter refugees, and even to attempts to establish internationally supervised sanctuaries for would-be refugees within the territory of their own states. To date, however, limited international authority and resources have prevented these options from replacing entry into a foreign state as the most logical means to access safety. The stakes are high: refugees denied admission to a foreign country are likely either to be returned to the risk of persecution in their home state, or to be thrown into perpetual “orbit” in search of a state willing to authorize entry.” (HATHAWAY, James. op. cit., p. 279.)

¹⁸⁵ Nessa hipótese, o autor menciona especificamente exemplos de estados europeus.

¹⁸⁶ HATHAWAY, James. op. cit., p. 291.

¹⁸⁷ Na ótica de Hathaway, “the “first country of arrival” principle purports to collectivize responsibility to protect refugees among a select group of participating states. The two formal harmonization regimes thus far established – that predicated on the Dublin Convention and Dublin Regulation in Europe, and the more embryonic arrangement between Canada and the United States – assign protective responsibility to the first partner state in which a given refugee arrives (at least where there are no issues of prior authorization to travel or family unity). Other participating states are authorized summarily to remove the refugee to that single designated state, without conducting any examination of the merits of the claim to protection.” HATHAWAY, James. op. cit., p. 295.

¹⁸⁸ “[...] which authorize a person claiming refugee status to be sent to any “safe” state through which he or she may have passed en route to the country in which he or she is now present.” (HATHAWAY, James. op. cit., p. 295.)

¹⁸⁹ Ibidem, p. 296.

— conhecida como a noção de “*safe country of origin*”, a partir da qual aplica-se um critério de exclusão de elegibilidade em bloco a determinados grupos de pessoas. Na experiência brasileira, Ramos lança três testes fundamentais ao princípio: a proibição da arbitrariedade na zona primária de fronteira, o reconhecimento da perseguição por agentes privados (elegibilidade), a (im)possibilidade de realização de processo de extradição¹⁹⁰.

Via de regra, a proteção contra o *refoulement* aplica-se a qualquer pessoa em situação de refúgio e que não se enquadre no âmbito de uma das cláusulas de exclusão dispostas pela Convenção de 1951. Nesse sentido, uma vez que a natureza da condição de pessoa refugiada é declaratória — e não constitutiva, de forma que “*uma pessoa não se torna refugiada, mas é reconhecida porque é refugiada*”¹⁹¹—, o princípio do *non-refoulement* não se aplica somente a refugiados reconhecidos, mas também àquelas pessoas que não tiveram sua condição de refugiada formalmente declarada¹⁹². Lauterpacht e Bethlehem, destacam que o artigo 1A (2) da Convenção de 1951 não define o refugiado como a pessoa *formalmente reconhecida* como em situação de refúgio: “*for the purposes of the 1951 Convention and the 1967 Protocol, a person who satisfies the conditions of Article 1A(2) is a refugee regardless of whether he or she has been formally recognized as such pursuant to a municipal law process*”¹⁹³. Assim,

o princípio da *non-refoulement* é particularmente importante para os solicitantes de refúgio. Como tais pessoas podem ser refugiados, é um princípio estabelecido pelo direito internacional dos refugiados que estas pessoas não devem ser devolvidas ou expulsas enquanto se aguarda uma determinação final de sua condição.¹⁹⁴

Ao chegar no território nacional e expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como pessoa refugiada, o indivíduo solicitante goza da segurança de que não será retornado

¹⁹⁰ Cf. RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados**: do ingresso à extradição. In: Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892.

¹⁹¹ ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. p. 10.

¹⁹² ACNUR. **Opinião Consultiva sobre a Aplicação Extraterritorial das Obrigações de Non-Refoulement à Luz da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967**. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei n. 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 193. Nesse sentido: “The argument is sometimes made that non-refoulement only avails those who have been formally recognized as refugees. The basis for this contention is that refugee status is conferred formally as a matter of municipal law once it has been established that an asylum seeker comes within the definition of ‘refugee’ under Article 1A (2) of the 1951 Convention. There are several reasons why this argument is devoid of merit.” (BETHELEM, Daniel; LAUTERPACHT, Elihu. **The scope and content of the principle of the non-refoulement**: opinion. In: FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Frances (eds.). **Refugee protection in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 87-181, p. 116.)

¹⁹³ BETHELEM, Daniel; LAUTERPACHT, Elihu. **The scope and content of the principle of the non-refoulement**: opinion. In: FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Frances (eds.). **Refugee protection in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 87-181, p. 116.

¹⁹⁴ ACNUR. op. cit., 2017, p. 193.

ao país de origem: “*não será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade seja ameaçada, em virtude de raça, religião nacionalidade, grupo social ou opinião política*”¹⁹⁵. Ainda quando o refúgio não é outorgado,

há a salvaguarda do *non-refoulement* para o território no qual o indivíduo possa sofrer atentado à sua liberdade, vida e integridade física em geral (e não somente por perseguição odiosa), o que impede que as autoridades brasileiras promovam uma saída compulsória do estrangeiro, que poderia ameaçar tais direitos fundamentais da pessoa humana¹⁹⁶.

Sobre a aplicabilidade do princípio, em primeiro lugar, Ramos observa que “*cabe aos agentes estatais e delegatários nas zonas de fronteira impedir o refoulement*”¹⁹⁷. Nesse caso, especialmente nas hipóteses de solicitação de refúgio cumpre observar que, ainda que no ingresso irregular, não cabe a deportação, por força do art. 31 da Convenção de 1951 que impede a aplicação de qualquer penalidade derivada da entrada irregular. No mesmo sentido, dispõe também a lei de refúgio brasileira (art. 8). Em segundo lugar, o autor observa que o cumprimento integral do princípio do *non-refoulement* pressupõe “*uma completa apuração do pedido do solicitante de refúgio, para que seja confirmado ou não o seu estatuto de refugiado*.”¹⁹⁸

A aplicabilidade do princípio transcende a seara do Direito dos Refugiados, de forma que, à luz da complementariedade entre as vertentes da proteção internacional da pessoa humana, também serve de aporte fundamental ao Direito Internacional dos Direitos Humanos – no que concerne, principalmente à proteção estabelecida pelo artigo 3 da Convenção contra a Tortura, de 1984¹⁹⁹ – e ao Direito Humanitário. Naquele ramo da proteção internacional à pessoa humana cabe destacar que os Estados estão obrigados a não transferir qualquer indivíduo não nacional para outro local em que da transferência possa resultar exposição a graves violações de direitos humanos. No mesmo sentido, as obrigações decorrentes do Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966, abrangem também a obrigação de não extraditar,

¹⁹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados:** do ingresso à extradição. In: Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892. p. 355.

¹⁹⁶ Ibidem, p. 356.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 355.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 356.

¹⁹⁹ Cumpre notar que a proibição da tortura é norma do direito internacional consuetudinário que assumiu forma de *jus cogens*. Nesse sentido, é inerente à própria vedação a tortura a proibição ao *refoulement*, já que impõe “*uma proibição absoluta de qualquer forma de regresso forçado a um perigo de tortura que seja vinculativo para todos os Estados, incluindo os que não tenham aderido aos instrumentos pertinentes*”. No mesmo sentido, é a proibição da privação arbitrária da vida. Assim, “[...] inclui também a obrigação inerente de não enviar qualquer pessoa a um país onde exista um risco real de que ele ou ela possa estar exposto a esse tratamento, também faz parte do direito internacional consuetudinário.” (ACNUR. op. cit., 2017, p. 203.)

deportar, expulsar ou de outra forma remover uma pessoa do seu território, quando existirem motivos fundados para crer que existe um risco real de danos irreparáveis (arts. 6 e 7), quer no país para onde a remoção deve ser efetuada, quer em qualquer país para o qual a pessoa possa ser posteriormente removida²⁰⁰.

Não adstrito ao escopo da Convenção de 1951, portanto, o princípio está contido em diversos outros instrumentos de proteção à pessoa humana subsequentes, a saber: no artigo 3 dos Princípios Concernentes ao Tratamento de Refugiados (1966), adotado pelo Comitê Consultivo Jurídico Afro-Asiático²⁰¹; no artigo 3 da Declaração sobre Asilo Territorial (1967)²⁰²; no artigo 2 (3) da Convenção da OUA que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África (1969)²⁰³; no artigo 22 (8) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)²⁰⁴; na seção 5, parágrafo 5 da Declaração de Cartagena²⁰⁵; no

²⁰⁰ ACNUR. op. cit., 2017, p. 201.

²⁰¹ Art. 3: "1. No one seeking asylum in accordance with these Principles shall be subjected to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion which would result in his life or freedom being threatened on account of his race, religion, nationality, ethnic origin, membership of a particular social group or political opinion. The provision as outlined above may not however be claimed by a person when there are reasonable grounds to believe the person's presence is a danger to the national security or public order of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgement of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country. 2. In cases where a State decides to apply any of the above-mentioned measures to a person seeking asylum, it should grant provisional asylum under such conditions as it may deem appropriate, to enable the person thus endangered to seek asylum in another country". (Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO). **Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees ("Bangkok Principles")**. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3de5f2d52.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰² Art. 3º: "§1. Nenhuma pessoa a qual se refere o "§1 do artigo 1º" será sujeita a medidas tais como a recusa de admissão na fronteira ou, se já tiver entrado no território onde busca o asilo, a expulsão ou a devolução compulsória a qualquer Estado onde possa ser submetida a perseguição. §2. Poderão existir exceções ao princípio anterior apenas por motivos fundamentais de segurança nacional ou para salvaguardar a população, como no caso de uma afluência em massa de pessoas. §3. Se um Estado decidir em algum caso que está justificada uma exceção ao princípio estabelecido no "§1 deste artigo", deverá considerar a possibilidade de conceder à pessoa interessada, nas condições que julgar apropriadas, uma oportunidade, em forma de asilo provisório ou de outro modo, de ir para outro Estado". (**Declaração sobre Asilo Territorial - 1967. Documento das Nações Unidas, n.º A/6716 (1967)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos-Nacionalidades-e-Ap%C3%A1tridas/declaracao-sobre-asilo-territorial.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰³ Art. 2 (3): "Ninguém pode ser submetido por um Estado-Membro a medidas tais como a recusa de admissão na fronteira, o refoulement ou a expulsão que o obriguem a voltar ou a residir num território onde a sua vida, a sua integridade física ou a sua liberdade estejam ameaçados pelas razões enumeradas no artigo 1, parágrafos 1 e 2". (OUA. **Convenção da Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰⁴ Art. 22 (8): "Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas". (CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰⁵ Seq. 5, §5: "Reiterar a importância e a significação do princípio de non-refoulement (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um

art. 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985)²⁰⁶; art. 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)²⁰⁷; art. 5 da Carta de Banjul ou Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981)²⁰⁸; no art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950) — interpretado pela Corte Europeia de Direitos Humanos como uma proibição à devolução²⁰⁹; no art. 45, da Convenção IV de Genebra (1949)²¹⁰; no artigo 3º(2) da Convenção Europeia sobre Extradução (1957)²¹¹; no art. 4º(5) da Convenção Interamericana sobre Extradução (1981)²¹².

Nessa linha, importa pontuar, mais uma vez, que o Comitê sobre os Direitos das Crianças, no âmbito de seu Comentário Geral n. 6 interpreta a Convenção sobre os Direitos das Crianças à luz do princípio da não devolução quando há risco de que o direito à vida da

princípio de *jus cogens*”. (ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰⁶ Art. 13: “O delito a que se refere o artigo 2 será considerado incluído entre os delitos que são motivo de extradição em todo tratado de extradição celebrado entre Estados Partes. Os Estados Partes comprometem-se a incluir o delito de tortura como caso de extradição em todo tratado de extradição que celebrarem entre si no futuro. Todo Estado Parte que sujeitar a extradição à existência de um tratado poderá, se receber de outro Estado Parte, com o qual não tiver tratado, uma solicitação de extradição, considerar esta Convenção como a base jurídica necessária para a extradição referente ao delito de tortura. A extradição estará sujeita às demais condições exigíveis pelo direito do Estado requerido. Os Estados Partes que não sujeitarem a extradição à existência de um tratado reconhecerão esses delitos como casos de extradição entre eles, respeitando as condições exigidas pelo direito do Estado requerido. Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou ad hoc, no Estado requerente.” (**Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/tortura.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2019.)

²⁰⁷ Art. 7: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”. (BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.)

²⁰⁸ Art. 5: “Todo indivíduo tem direito ao respeito da dignidade inerente à pessoa humana e ao reconhecimento da sua personalidade jurídica. Todas as formas de exploração e de aviltamento do homem, nomeadamente a escravidão, o tráfico de pessoas, a tortura física ou moral e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são proibidos”. (**Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 03 mar. 2019.)

²⁰⁹ BETHELEM, Daniel; LAUTERPACHT, Elihu. op. cit., p. 92.

²¹⁰ Art. 3: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. (**Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.)

²¹¹ Art. 3 (2): “Aplicar-se-á a mesma regra se a Parte requerida tiver sérias razões para crer que o pedido de extradição motivado por uma infracção de direito comum foi apresentado com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua raça, religião, nacionalidade ou convicções políticas, ou que a situação da mesma pessoa pode ser agravada por qualquer dessas razões”. (**Convenção Europeia de Extradução**. Disponível em: <http://gdde.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_europeia_extradicao.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.)

²¹² Art. 4 (5): “A extradição não será procedente quando das circunstâncias do caso se possa inferir que há propósito de perseguição por considerações de raça, religião ou nacionalidade, ou que a situação da pessoa corre o risco de agravar-se por um desses motivos”. (**Convenção Interamericana sobre Extradução**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-47.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2019.)

criança (art. 6) seja violado ou quando haja tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante (Artigo 37). O Comitê ainda interpreta como necessária a aplicação do princípio quando há risco real de que a criança seja recrutada ou participe direta ou indiretamente de hostilidades²¹³.

Ora, a proteção contra o *refoulement* se localiza precisamente na convergência e complementariedade entre as três vertentes de proteção à pessoa humana e amplia o conteúdo normativo do princípio. Nesse sentido, de Paula destaca a “*influência mútua entre as diversas obrigações referentes ao non-refoulement, o que demanda uma abordagem integrada dessas obrigações, especialmente, a fim de se determinar que o non-refoulement atingiu o status de jus cogens no direito internacional*”²¹⁴.

Nessa toada, tem-se que o alcance do princípio do *non-refoulement* ampliou-se, tanto *ratione personae* quanto *ratione materiae*, conforme salientou Cançado Trindade,

sob os tratados de direitos humanos para beneficiar, além de refugiados, aos estrangeiros em geral e, em última análise, a todo e qualquer indivíduo em casos de extradição, expulsão, deportação ou devolução a um Estado onde possa estar em risco de ser submetido a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante (dimensão preventiva).²¹⁵

Ramos observa que mesmo não sendo outorgado o status de pessoa refugiada, ainda assim, não pode o Estado de acolhida devolver a pessoa migrante para qualquer outro território em que sua liberdade ou sua vida possam ser ameaçadas. No ordenamento jurídico brasileiro cumpre destacar que o Estado detalhou em sua legislação a proibição do *refoulement* quando existir risco à vida, liberdade e integridade física do indivíduo (art. 32). Mesmo “*nos casos de recusa definitiva de refúgio, fica proibida sua transferência para o seu país de nacionalidade ou residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade*”²¹⁶.

O princípio da não-devolução, nesse sentido, faz parte do Direito Internacional

²¹³ DE PAULA, Bruna Vieira. op. cit., p. 56.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Livre tradução da autora: “[...] bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva) [...]” (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., 2003, p. 30.)

²¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados:** do ingresso à extradição. In: Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892. p. 356.

consuetudinário²¹⁷, sendo tratado como norma de *jus cogens*²¹⁸, uma vez que inderrogável²¹⁹ e indiscutivelmente reconhecido pela comunidade internacional – haja vista, principalmente, a incorporação do princípio em inúmeros instrumentos internacionais. Sua inderrogabilidade está prevista no artigo 42(1) da Convenção de 1951 e no artigo 7º (1) do Protocolo de 1967 que impedem reservas ao artigo 33 da Convenção de 1951. De acordo com o Comitê contra a Tortura, não é permitida derrogação ao artigo 3º da Convenção contra a Tortura de 1984²²⁰. No mesmo sentido, o artigo 4º (2) do PIDCP e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas não permitem derrogação do artigo 7º do Pacto.

Neste sentido, a consagração do princípio do *non-refoulement* como norma de *jus cogens* implica também em uma limitação à soberania estatal, no que concerne às matérias de extradição, deportação e expulsão, em detrimento da integridade e do bem-estar da pessoa

²¹⁷ O ACNUR considera que a proibição de *refoulement* de refugiados, complementada por obrigações de *non-refoulement* nos termos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, constitui uma regra do direito internacional consuetudinário. ACNUR. op. cit., 2017, p. 193.

²¹⁸ Tatyana Friedrich, sobre as normas de *jus cogens*, observa que o termo foi previsto expressamente em texto jurídico internacional, pela primeira vez, na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (CVDT), de modo que o pioneirismo no tratamento do *jus cogens* transformou-a em marco conceitual da matéria. Nesse sentido, em referência ao artigo 58 da Convenção, a autora destaca quatro elementos que albergam a compreensão ampla do instituto: a) norma imperativa; b) norma de direito internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto; c) norma da qual nenhuma derrogação é permitida; d) norma que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza. Quanto ao posicionamento da doutrina sobre a temática, a autora aponta: “Logo após os primeiros trabalhos da CDI sobre direito dos tratados que versam sobre *jus cogens*, assistiu-se a um grande desenvolvimento da doutrina jurídica sobre o assunto, que continua até os dias atuais. Embora tenha havido uma certa resistência no início, a grande maioria dos estudiosos do direito internacional revelou-se favorável ao novo instituto. No entanto, há ainda alguns autores que demonstram ceticismo em relação a *jus cogens*, enquanto outros o negam com veemência.” (FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85.)

²¹⁹ O caráter de inderrogabilidade do princípio da não-devolução foi reafirmado em diversas Conclusões do Comitê Executivo do ACNUR. Ver, por exemplo, as Conclusões do Comitê Executivo: Conclusão No. 6 (XXVIII), supra nota de rodapé 9, para. (c) (reafirmando que “o princípio humanitário fundamental do *non-refoulement* encontrou expressão em vários instrumentos internacionais adotados em nível universal e regional e é geralmente aceito pelos Estados.”); Conclusão No. 17 (XXXI) “Problemas de extradição afetando refugiados” (1980), em. para (b) (reafirmando “o caráter fundamental do princípio amplamente reconhecido do *non-refoulement*.”); Conclusão No. 25 (XXXIII) “Geral” (1982), para. (b) (reafirmando “a importância dos princípios básicos da proteção internacional e em particular do princípio do *non-refoulement* o qual adquiriu, progressivamente, caráter de norma peremptória de direito internacional.”); Conclusão No. 65 (XLII) “Geral” (1981), para. (c) (ênfatisando “a importância fundamental do *non-refoulement* e do asilo como princípios cardinais da proteção dos refugiados...”); Conclusão No. 68 (XLIII) “Geral” (1982), para. (f) (reafirmando “a importância fundamental dos princípios do *non-refoulement* e do asilo como básicos para a proteção dos refugiados”); No. 79 (XLVIII) “Geral” (1996), para. (j) (reafirmando “a importância fundamental do princípio do *non-refoulement*”); No. 81 (XLVIII), supra nota de rodapé 14, para. (i) (reconhecendo “a importância fundamental do princípio do *non-refoulement*”); No. 103 (LVI) “Prestação de Proteção Internacional incluindo através formas Complementares de Proteção” (2005), em (m) (chamando os Estados a “respeitar o princípio fundamental do *non-refoulement*”). Ademais, a Declaração de Cartagena (1984), no contexto latino-americano, também enaltece o caráter inderrogável do princípio do *non-refoulement*.

²²⁰ Vale enfatizar que a própria proibição contra a tortura é caracterizada como uma norma peremptória de direito internacional geral.

humana²²¹. No mesmo sentido, observa Chetail:

O princípio do *non-refoulement* dá a prerrogativa soberana e discricionária do asilo, a única norma imperativa que se impõe sobre o Estado. Dada a importância do princípio, o artigo 42 da Convenção proíbe explicitamente os Estados contratantes de formular quaisquer reservas sobre o assunto.²²²

As exceções ao princípio do *non-refoulement* são permitidas apenas nas circunstâncias expressamente dispostas no artigo 33 (2) da Convenção de 1951:

O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Importa ainda mencionar o alcance extraterritorial do princípio do *non-refoulement*, analisado através do prisma da Convenção de 1951, isto é, a obrigação de não devolver um refugiado ou requerente de refúgio a um país onde ele ou ela corre o risco de sofrer perseguições ou outros danos graves, que se aplicam onde determinado Estado exerce jurisdição, inclusive na fronteira, no alto mar ou no território de outro Estado²²³.

2.2.3 À sombra do controle: apontamentos sobre o tráfico internacional de pessoas e contrabando de migrantes

Os últimos elementos da encruzilhada a serem examinados antes de adentrar à análise do sujeito são o tráfico internacional de pessoas e o contrabando de migrantes. A figura paradigmática da pessoa traficada, por muito tempo, foi desenhada a partir da imagem da mulher e da criança — traficadas com o propósito de exploração sexual. Isso porque o tráfico de pessoas é popularmente conhecido como uma prática criminal inserida no contexto do mercado do sexo, em que mulheres e crianças são compulsoriamente retiradas de um local e levadas a outro para fins de exploração sexual, principalmente por meio de prostituição,

²²¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, op. cit., 2003, p. 30.

²²² Livre tradução da autora: “Le principe du non-refoulement confère à la prérogative souveraine et discrétionnaire de l’asile, la seule norme impérative qui s’impose à l’état. Devant l’importance du principe ainsi consacré, l’article 42 de la Convention interdit expressément aux États contractants de Formuler tout réserves à son égard.” (CHETAIL, Vincent. op. cit., p. 04.)

²²³ ACNUR op. cit., 2017, p. 205.

turismo sexual e pornografia — “a general pattern of trafficking from poorer to wealthier countries is evident”²²⁴. A realidade revela, entretanto que, em que pese a maioria das vítimas seja de fato constituída por mulheres e crianças para fins de exploração sexual, não é correto supor que o tráfico de pessoas seja exclusivamente relacionado a este propósito. Os abusos, que podem ser tanto de natureza física e/ou psicológica, frequentemente dizem também respeito à exploração laboral (correspondendo a qualquer trabalho em que a pessoa seja submetida à reclusão, ameaças, maus-tratos ou jornadas excessivas, por exemplo, em troca de ínfima ou nenhuma retribuição econômica), ao matrimônio servil (exploração de trabalho e/ou sexual de um cônjuge por outro, implicando situações de escravidão, isolamento, controle, violência física, sexual e reprodutiva, por exemplo), à mendicância (vítima se vê obrigada a pedir esmola para o lucro do traficante) e à extração de órgãos²²⁵.

Dentre os instrumentos de proteção internacional que dizem respeito ao tráfico de pessoas, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças²²⁶, conhecido como Protocolo de Palermo, adotado em 2000 com o objetivo de complementar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²²⁷, caracteriza-se como um dos mais importantes²²⁸. O artigo 3 (a) do Protocolo define o tráfico como:

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao

²²⁴ PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. **Human trafficking and smuggling**. In: OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 234-259, p. 234.

²²⁵ FERREIRA, Micaela Amorin; BORGES, Paulo César Corrêa. **Tráfico de Pessoas como Problema Internacional e Panorama Legislativo de Combate**. In: SCAMPINI, Stella Fátima. *Tráfico de Pessoas: Coletânea de artigos*. Brasília: Ministério Público Federal, 2. Câmara de Coordenação e Revisão, 2017, p. 20-36.

²²⁶ Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004.

²²⁷ Incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

²²⁸ Nesse sentido: “The Trafficking Protocol is not the only instrument regulating trafficking. Its significance lies in the fact that it is relatively new and has attracted much support from source, transit and destination States — in late 2011 there were 147 States parties. There exists a plethora of international and regional treaties that address trafficking or are relevant to trafficking. Some of these instruments focus on the criminal aspect of trafficking. However, many address the human rights dimension, seeking to place the rights of victims at the centre of anti-trafficking activities.” (PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. *op. cit.*, p. 240). Exemplos mencionados pelos autores são, dentre outros: a Convenção sobre a Escravidão (1926), a Convenção sobre o Trabalho Forçado (1930), as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais, a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração de Prostituição de Outrem (1949), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (1990), a Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil (1999) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000).

rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos.²²⁹

Nesse sentido, três elementos denotam o tráfico: a) o *ato* (em rol exemplificativo, o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas), b) o *método* (uso de ameaça ou uso de força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra) e c) a *motivação* (para fins de exploração)²³⁰.

A definição positivada no Protocolo identifica o tráfico de pessoas como um processo: *“an individual does not have to perform all of the acts that may constitute the offence to be guilty; one, such as recruitment is enough. Several actors must be involved in the whole process from source to destination State.”*²³¹

O tráfico é, portanto, um processo que frequente envolve vários agentes, cada qual penalmente responsável por sua participação no crime²³². Uma vez que a vítima está sob o controle de seus traficantes, pode ser transportada para as localidades de destino, frequentemente via países de trânsito, o que requer organização prévia de documentos de viagem e vistos e comumente requer a falsificação desses documentos. O artigo 3 (b) do Protocolo estabelece, ainda, que qualquer aparente consentimento dado pela vítima é considerado irrelevante, uma vez que os métodos característicos do tráfico forem empregados: *“the aim here is to pre-empt a possible defence that there has been no trafficking because the alleged victim was a willing participant”*²³³.

Embora o tráfico de pessoas seja uma prática criminal profundamente atinente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, é importante compreender a dimensão concernente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que o envolvimento

²²⁹ BRASIL. **Decreto Nº 5.017, de 12 de março de 2004**. 15 abr. 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019.

²³⁰ PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne op. cit., p. 238.

²³¹ Idem.

²³² “[...] the victim must first be recruited or brought under the control of the traffickers. This can be by deception (e.g., by recruitment or travel agencies that claim to facilitate jobs and visas), by word of mouth or by force.” (PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 235.)

²³³ Ibidem, p. 239.

direito por parte do Estado, a conivência ou a negligência em coibir práticas relativa ao tráfico, implicam em responsabilidade por parte do Estado-Nação²³⁴:

Thus trafficking may give rise to state responsibility for human rights violations, not because the State is directly involved, but because of its failure to prevent trafficking or to protect victims and potential victims. Trafficking is therefore a private criminal enterprise, but with a human rights dimension.²³⁵

Sobre a possível intersecção entre tráfico e refúgio, Piotrowicz e Redpath-Cross observam que muitas das pessoas que correm o risco de serem traficadas acabam não se enquadrando nos critérios para o reconhecimento como pessoa refugiada. Isso porque, conforme explicam os autores: *“they may have a well founded fear of being persecuted and being unwilling to seek protection from their own State. They may also be outside their own country. But the basis for fear is problematic.”*²³⁶

Em havendo fundado temor de perseguição pelos motivos elencados na Convenção de 1951, a hipótese do reconhecimento como pessoa refugiada se mostra configurada. Em muitos casos, entretanto, a vulnerabilidade das pessoas não reside no medo de serem perseguidas dentro das categorias estabelecidas pelo regime de proteção internacional dos refugiados: *“they are trafficked because they are vulnerable to exploitation due to poverty, family breakdown or some other factor.”*²³⁷ Um argumento potencialmente aceito é o de que quando uma pessoa foi vítima de tráfico no passado, ela teme ser vítima de tráfico em momentos futuros; nesse sentido, esse temor lhes faz enquadrar na categoria de pertencimento a determinado grupo social, e por conseguinte, lhes garante o status de pessoa refugiada: *“it is not the risk of persecution that unites them; they are connected by the historical fact that they have been trafficked, and are at risk of being trafficked in the future because they have been trafficked in the past”*.²³⁸

Cumprir notar que o Estado brasileiro internalizou o Protocolo de Palermo através da promulgação do Decreto n. 5.017, de 12/03/2004²³⁹. Com a promulgação da Lei n. 13.344, de 06 de outubro de 2016, a Lei do Tráfico de Pessoas, entretanto, modificações mais sensíveis foram trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro no que refere-se à temática. Destaca-se,

²³⁴ PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 237.

²³⁵ Idem.

²³⁶ Ibidem, p. 245.

²³⁷ PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 245.

²³⁸ Idem

²³⁹ A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi igualmente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004.

nesse sentido, a inclusão do art. 149-A no Código Penal, a partir do qual outras formas de exploração (que não a sexual) passaram a ser punidas. A saber: a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo (art. 13, I), trabalho análogo ao escravo (art. 13, II), servidão (art. III) e adoção ilegal (art. 13, IV)²⁴⁰. A seu turno, a nova Lei de Migração brasileira, visando tutelar a vítima do tráfico de pessoas, prevê a concessão de autorização de residência a pessoa que tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória (art. 30, II, g).

Uma observação deve ser feita no que diz respeito ao *contrabando de migrantes* — categoria frequentemente associada ao tráfico de pessoas. Frequentemente, a distinção entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes é baseada no caráter de exploração daquele e comercial deste. O contrabando é tido como uma transação consensual baseada na livre iniciativa e vontade do migrante em adquirir os serviços prestados pelo contrabandista.

Importa notar que a difusão do contrabando de migrantes como prática cada vez mais recorrente precisa ser entendida em um contexto de globalização e de migração ampliado:

Prospects of a better life abroad, poverty, economic marginalisation, political and social unrest and conflict are all incentives to move. [...] As push and pull factors encourage increasing numbers of people to migrate, they in turn collide with the many legal obstacles to entry that industrialised countries have put in place.²⁴¹

Bhabha sublinha duas tendências diretas a esse cenário. Em primeiro lugar, as vias para a migração legal tornaram-se mais restritas. Segundo, por consequência direta, os migrantes, incluindo solicitantes de refúgio, tendem a recorrer cada vez mais ao uso de contrabandistas para viabilizar as suas viagens. O corolário imediato é o aumento de sua vulnerabilidade a maus-tratos e exploração²⁴².

Dentre os instrumentos internacionais de proteção que dizem respeito ao contrabando de migrantes, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea²⁴³ representa uma das primeiras oportunidades em que a comunidade

²⁴⁰ Importa notar que o tráfico de pessoas até então era criminalizado no Brasil apenas quando praticado para fins de prostituição e exploração sexual.

²⁴¹ BHABHA, Jacqueline; ZARD, Monette. **Smuggled or trafficked?** In: Forced Migration Review n. 25. Oxford: Refugee Studies Centre, 2006, p. 06-08, p. 06.

²⁴² Idem.

²⁴³ É importante mencionar que o Protocolo é criticado pela parca proteção que garante aos migrantes, especialmente se comparado ao Protocolo relativo ao tráfico de pessoas: “unlike the Trafficking Protocol, there is no provision for assistance in legal proceedings, or any reference to the physical, psychological or social

internacional reagiu ao contrabando de migrantes como uma forma de atividade criminal organizada — diversa de uma ação lícita ou ilícita por parte do próprio migrante²⁴⁴. O protocolo define o contrabando de migrantes como a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente. O conceito de entrada ilegal é, a seu turno, definido pelo Protocolo como a passagem de fronteiras sem preencher os requisitos necessários para a entrada legal no Estado de acolhimento.

Os autores sublinham que alguns pontos devem ser observados. O primeiro aspecto é o de que, ao contrário do tráfico de pessoas, o contrabando de migrantes necessariamente envolve o cruzamento de uma fronteira internacional, pela via irregular. O segundo aspecto é o de que o contrabando de migrantes é caracterizado por uma transação comercial entre a pessoa contrabandeada e contrabandista, ou seja, envolve ganho pecuniário ou de outra sorte. Nesse sentido, costuma-se observar que a pessoa contrabandeada consente com a transação e que, ao contrário do que ocorre nas situações de tráfico de pessoas, é considerada um participante voluntário do acordo estabelecido entre partes.

No limite, o contrabando de migrantes coloca a soberania estatal em xeque — ou à prova. Coloca-se em questão a capacidade dos Estados de controlar a entrada irregular de não-nacionais: *“the fear of uncontrolled irregular migration in destination States has fuelled governments’ increasingly tough responses to the issue”*.²⁴⁵ Nesse sentido,

(...) in many States, migration management is viewed from a law enforcement perspective. Governments around the world are placing greater emphasis on tighter control of frontiers and safer travel documents, as well as interdepartmental and cross border cooperation to combat irregular migration.²⁴⁶

recovery of the smuggled migrant. Nor is there provision for the possibility of allowing the migrant to remain on the territory permanently or temporarily, nor any reference to cooperation with non-governmental and other relevant organisations. (PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 253.) No mesmo sentido, nota Bhabha: “Whilst the Trafficking Protocol provides for a broad range of protective measures (though couched in ‘optional’ language), the Smuggling Protocol contains rather minimal reference to the protection needs of smuggled persons. States are required to ensure the safety of persons that are on board vessels that are searched (art. 9) and they must respect pre-existing non-derogable obligations under international law, such as the right to life and the right not to be subjected to torture, or to cruel, inhuman or degrading treatment. However, there are no provisions regarding medical, psychological or social recovery, or temporary legal residency, as in the Trafficking Protocol.” (BHABHA, Jacqueline; ZARD, Monette. op. cit., p. 07.)

²⁴⁴ O ordenamento jurídico brasileiro incorporou o Protocolo relativo ao combate ao contrabando de migrantes através da promulgação do Decreto n. 5.016, de 12/03/2014. Cumpre observar que o legislador optou pelo léxico “tráfico de migrantes” ao invés de contrabando, conforme decorreria da tradução do original “*smuggling*”.

²⁴⁵ PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 247.

²⁴⁶ Idem.

Não obstante a distinção conceitual entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes, a realidade revela que as distinções são frequentemente tênues. Um migrante pode estar em situação de vulnerabilidade nos mais diversos níveis no processo de contrabando, *“the circumstances pushing an individual to migrate may leave him or her little real choice but to use a smuggler”*²⁴⁷.

O efeito de uma rigorosa distinção é a de que enquanto as vítimas do tráfico são vistas a parti de uma lente de Direitos Humanos, migrantes contrabandeados são tidos, no limite, como migrantes em situação de irregularidade, cúmplices de atividade criminal, ou como próprios criminosos:

As a result, the protection and assistance needs of smuggled ‘illegal’ migrants may be overlooked, notwithstanding that victims of trafficking and smuggled migrants may have similar needs. This could put the destination State in breach of its international protection obligations towards the smuggled migrant.²⁴⁸

Certamente existem hipóteses unicamente caracterizadas como de tráfico de pessoas ou contrabando de pessoas²⁴⁹, entretanto, a maioria das estratégias e circunstâncias desafia a categorização estanque. Isso porque muitos migrantes indocumentados parecem consentir com os termos da travessia, porém em determinado momento da viagem as circunstâncias se modificam. Ainda, a distinção entre consentimento e coerção se mostra bastante tênue e complexa: *“Do persecution, destitution or prolonged family separation amount to coercion? [...] Poverty, hunger, illness, lack of education and displacement could all in theory constitute coercive circumstances that induce a position of vulnerability”*²⁵⁰. Nesse sentido, Bhabha pondera:

if the smuggled migrant has no other acceptable options, if he or she would starve, or be unable to get medicine for a child unless he or she took up the offer, then the exploitative offer might legitimately be considered coercive. Formal consent in these

²⁴⁷ Ainda, “the journey is often fraught with danger: images of boats overloaded with desperate migrants being dashed against rocks as they attempt to come ashore, bodies washed up on beaches, people dying of exhaustion as they seek to cross land borders or suffocating in the back of trucks are too familiar. Given the power disparity between the smuggles and the smuggled, the migrant is vulnerable to exploitation and abuse at the hands of smuggles and corrupt officials during all stages of the process [...]” (PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. op. cit., p. 253.)

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ “There are certainly ‘pure’ cases of trafficking and smuggling of children kidnapped without their parents’ consent, of migrant workers defrauded from the outset or, at the other end of the spectrum, of completely transparent cross-border transportation agreements where a fee is mutually agreed and the relationship between transporter and transported ends.” (BHABHA, Jacqueline; ZARD, Monette. op. cit., p. 07.)

²⁵⁰ Idem.

situations (because the migrant sees no other way out) does not alter the coercive nature of the agreement. In assessing ‘coercion’ and ‘consent’, policy makers and advocates are forced to engage in moral decisions about which types of conduct are acceptable or permissible in a society and which are not.²⁵¹

Tendo em vista que recai sobre os Estados a interpretação do que se considera a “*situação de vulnerabilidade*” prevista do Protocolo relativo ao Tráfico de Pessoas, uma abordagem mais sensível e diferenciada se faz necessária para fazer referências a algumas suposições comuns sobre quem é contrabandeado e quem é traficado, de forma a situar tais considerações dentro de um contexto mais amplo de proteção dos direitos humanos para todos os migrantes²⁵².

²⁵¹ BHABHA, Jacqueline; ZARD, Monette. op. cit., p. 07.

²⁵² Ibidem, p. 08.

3 SUJEITO MIGRANTE

3.1 PARA A COMPREENSÃO DO SUJEITO

*“Com a neve foi chegando
a notícia do oriente:
na Polônia uma cruzada
infantil era nascente.”²⁵³*

3.1.1 Os lugares da infância

O direito, as instituições, as relações sociais, as categorias, *tudo* está inserido no tempo e, portanto, na história. Descortinar o passado, entretanto, não é tarefa trivial. Ao lançar o olhar para trás, depara-se com os riscos de uma apropriação histórica simplista e inconsequente. Incorre-se no perigo de uma recuperação inócua dos acontecimentos passados. Flerta-se com o estabelecimento de uma continuidade artificial, conveniente para apresentar o presente como ponto de chegada, fruto de um pretenso progresso ou processo evolutivo²⁵⁴. Uma abordagem historiográfica reducionista, tendeciosa ao pressuposto da validade transtemporal dos conceitos, torna a história “*justificadora do presente através de uma suposta demonstração de que o presente foi o caminho 'natural' do processo histórico*”²⁵⁵. Levi e Schmitt pontuam que sobre tal ótica poder-se-ia imaginar, equivocadamente, um processo regular de evolução que percorreria a trajetória retilínea da juventude — esses autores debruçam-se sobre a especificidade da juventude — das sociedades tradicionais, definida por seus rituais e costumes, até uma juventude tida como “moderna”, liberta de qualquer constrangimento e isenta de tabus.

Os autores observam que, em que pese alguns termos — criança ou infância e juventude, por exemplo — “*permanecem aparentemente imutáveis, seus conteúdos semânticos não cessam de renovar-se*”²⁵⁶. A história precisa ser manejada com cuidado,

²⁵³ BRECHT, Berthold. op. cit., 2014.

²⁵⁴ Conforme Fonseca, desprovidos de cautela, nos deparamos com o embuste de colocar o “*presente num ponto de chegada inevitável de todo um processo de preparação e 'lapidação' histórica*”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36)

²⁵⁵ Nesse sentido, conceber a “[...] linearidade histórica como algo que conduz, de modo necessário, ao progresso [...]. Trata-se de um concepção evolucionista da história [do direito], que percebe o devir histórico como um processo onde há um necessário acréscimo de valores, de virtudes etc., a culminar num ápice [jurídico: o direito de hoje].” (FONSECA, Ricardo Marcelo. . op. cit., p. 63)

²⁵⁶ LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (org.). **História dos Jovens**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 15.

cabendo ao estudioso perceber que se compararmos subdivisões conceituais do passado com as nossas contemporâneas representações, podemos, eventualmente e efetivamente, encontrar correspondências aproximativas, mas devemos reconhecer que tais palavras não possuem mais o mesmo sentido: “*se são reexaminadas em seus contextos próprios, palavras, categorias, classes definidoras readquirem todo seu peso.*”²⁵⁷ No caso da infância, central ao presente estudo, Ariès alerta ser necessário ter em mente que a terminologia que hoje nos parece oca, traduzia noções que outrora eram científicas e correspondiam a um sentimento comum da vida²⁵⁸:

aqui também esbarramos em grandes dificuldades de interpretação pois hoje em dia não possuímos mais esse sentimento da vida: consideramos a vida como um fenômeno biológico, como uma situação na sociedade, sim, mas não mais que isso.²⁵⁹

Fazendo referência à noção da infância no medievo, Ariès observa que para o homem de então, a vida representava uma continuidade inevitável, cíclica, inscrita na ordem geral e abstrata das coisas, mais do que na experiência real²⁶⁰. Principalmente através de obras dos séculos XIV ao XVIII, o historiador observa traços essenciais relacionados às idades da vida²⁶¹.

Ora, o diálogo com a história tem função crítica. Serve para demonstrar as diferenças existentes entre o passado e a atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente e contextualiza-lo, “desnaturalizando-o” e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence²⁶². Nesse sentido, a relativização serve como um instrumental de análise para criticar a “ordem vigente”, de modo a diagnosticar sua crise. A interface aqui presente, portanto, não representa um simples e anacrônico recorte histórico²⁶³, mas demonstra que a compreensão do sujeito deve ser atravessada pela história²⁶⁴, uma vez que os conceitos e as relações sociais são embebidos de historicidade.

²⁵⁷ LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (org). op. cit., p. 15.

²⁵⁸ ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981. p. 38.

²⁵⁹ Idem.

²⁶⁰ Ibidem, p. 39.

²⁶¹ “A tradição judaico-cristã propõe essencialmente dois modelos de periodização, utilizando cada um dos números simbólicos: o número 4, relativo ao número de estações, o número 6, segundo as seis idades da vida”: (a pequena infância (infantia), a infância (pueritia), a adolescência (adolescentia), a juventude (juventus), a maturidade (gravitas) e a velhice (senectus)) (LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 18).

²⁶² FONSECA, Ricardo Marcelo. . op. cit., p. 36.

²⁶³ À guisa de uma pretensa “introdução histórica”, por exemplo.

²⁶⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. op. cit., p. 36.

O diálogo com a história, dessa maneira, busca responder a algumas perguntas: qual o lugar ocupado pela criança na sociedade ocidental? Temos recepcionado, ao longo do tempo, as crianças da mesma forma? Como foi o movimento do anonimato para a condição de cidadão com direitos e deveres aparentemente reconhecidos? O que, afinal, diferencia as crianças de hoje, daquelas que as antecederam no passado?²⁶⁵

Na tentativa de responder à tais questionamentos, Ariès recorre à iconografia²⁶⁶ e identifica, de forma pioneira que até meados do século XII, é provável que simplesmente não houvesse lugar para a infância nesse mundo²⁶⁷: *“até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representá-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade”*²⁶⁸. As análises iconográficas de Ariès revelam que, até o fim do século XII, as então “crianças” não eram caracterizadas por uma expressão particular, tratavam-se de homens meramente reproduzidos em escala menor: *“apenas seu tamanho os distingue dos adultos”*²⁶⁹, tratavam-se de homens em miniatura²⁷⁰.

Em mais do que uma simples coincidência, Ariès indica a mesma conclusão por parte dos historiadores da literatura, os quais fizeram similar observação a propósito da epopéia

em que crianças-prodígio se conduziam com a bravura e a força física dos guerreiros adultos. Isso sem dúvida que os homens dos séculos X-XI não se detinham diante da imagem da infância, que esta não tinha para eles interesse, nem mesmo realidade. Isso faz pensar também que no domínio da vida real, e não mais apenas no de uma

²⁶⁵ PRIORE, Mary Del. **O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império**. In: PRIORE, Mary Del (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo. Contexto: 2002. p. 84-106, p. 08.

²⁶⁶ Sobre a técnica da iconografia Levi e Schmitt observam que ela “[...] deve contribuir para nos fazer entender as realidades complexas que buscamos inventariar e nos revelar outras novas. [...] Nas imagens, fundem-se a visão que a sociedade tem dos jovens e, por vezes, a que os jovens têm de si mesmos e da sociedade. Mas combinam-se também, de modo quase casual, sempre significativo para quem sabe lê-las ou vê-las, tanto os elementos implícitos quanto os explícitos de nossas representações mais difusas. A presença ou mesmo a ausência dos jovens numa imagem ou numa série de imagens se prestam a uma multiplicidade de leituras possíveis.” (LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (org.). op. cit., p. 17)

²⁶⁷ ARIÈS, Philippe op. cit., p. 50.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Ibidem, p. 51.

²⁷⁰ Nesse sentido: “Numa miniatura francesa do fim do século XI, as três crianças que São Nicolau ressuscita estão representadas numa escala mais reduzidas que os adultos, sem nenhuma diferença de expressão ou de traços. O pintor não hesitava em dar à nudez das crianças, nos raríssimos casos em que era exposta, a musculatura do adulto: assim, no livro de salmos de São Luís de Levde, datado do fim do século XII ou do início do XIII, Ismael, pouco depois do seu nascimento, tem os músculos abdominais e peitorais de um homem. Embora exibisse mais sentimento ao retratar a infância, o século XIII continuou fiel a esse procedimento. Na Bíblia moralizadora de São Luís, as crianças são representadas com maior frequência, mas nem sempre são caracterizadas por algo além do seu tamanho. Num episódio da vida de Jacó, Isaque está sentado entre suas duas mulheres cercado por uns 15 homenzinhos que batem na cintura dos adultos: são seus filhos. Quando Jó é recompensado por sua fé e fica novamente rico, o iluminista evoca sua fortuna colocando Jó entre um rebanho, à esquerda, e um grupo de crianças, à direita, igualmente numerosas: imagem tradicional da fecundidade inseparável da riqueza. Numa outra ilustração do livro de Jó, as crianças aparecem escalonadas por ordem de tamanho.” (ARIÈS, Philippe. op. cit., p. 51.)

transposição estética, a infância era um período de transição, logo ultrapassado, e cuja lembrança também era logo perdida.²⁷¹

Ariès aponta que no medievo a ideia de infância estava muito atrelada à noção de dependência, de forma que assim que a criança tinha condições de viver sem a presença e os cuidados constantes de sua mãe ou ama, ela ingressava na sociedade dos adultos. Nesse sentido, o autor observa que somente se saía da infância ao sair da dependência — ou ao menos, dos graus mais baixos da dependência²⁷²: “*razão pela qual as palavras ligadas à infância iriam substituir para designar familiarmente, na língua falada, os homens de baixa condição, cuja submissão aos outros continuava a ser total: por exemplo, os lacaios, os auxiliares e os soldados.*”²⁷³

Da iconografia religiosa, no século XIII surgiram, com as representações do anjo, do menino Jesus e da criança nua, alguns moldes de crianças mais próximos àqueles correspondentes ao sentimento moderno. Com a iconografia leiga nos séculos XV e XVI e a inserção das crianças em cenas de gênero, os infantes tornaram-se personagens mais centrais na representação iconográfica, não sendo, contudo, consagrados de forma exclusiva, mas atrelados ao mundo adulto. No mesmo sentido, o aparecimento do retrato da criança morta no século XVI denota que a morte da criança não mais passava a ser considerada como uma perda inevitável.

Ariès aponta que foi o século XVII o divisor de águas no tocante à infância: foi no século XVII que os retratos das crianças tornaram-se numerosos e comuns e foi igualmente nesse século em que os retratos de família tenderam a ser organizar *em torno* da criança, que passou a figurar no centro da composição²⁷⁴. Nesse período, Ariès identifica o momento em que se passa a criar o hábito de “*conservar através da arte do pintor o aspecto fugaz da infância*”²⁷⁵. A criança era agora representada sozinha – cada família queria possuir retratos de seus filhos.

Nessa perspectiva, o historiador francês conclui que a *descoberta da infância* teria começado no século XIII, e seu desdobramento pôde ser acompanhado na história da arte e na

²⁷¹ ARIÈS, Philippe. op. cit., p. 52.

²⁷² Ibidem, p. 42.

²⁷³ Idem.

²⁷⁴ Ibidem, p. 65.

²⁷⁵ Ibidem, p. 60.

historiografia dos séculos XV e XVI²⁷⁶. Os sinais de seu desenvolvimento, entretanto, tornam-se significativos a partir do século XVI e, principalmente durante o século XVII.

Duas ideias centrais são depreendidas do exame iconográfico realizado por Ariès. Primeiro, o sentimento relacionado à infância é algo relativamente recente, estabelecido pela cultura religiosa e leiga durante o fim da Idade Média e na época moderna. Segundo, a formulação de um papel e de uma imagem específicos para a infância se manifestou gradualmente através de novas representações coletivas, frutos da imposição da escolarização e da criação de trajes particulares para meninos e meninas: *“durante muito tempo, para a massa das pessoas da Idade Média, a criança, como nas miniaturas otonianas, ainda não era mais que um homenzinho em tamanho reduzido”*²⁷⁷.

Embora inegável a importância do exame iconográfico realizado por Ariès, talvez um dos primeiros historiadores a colocar o estudo da infância como componente essencial para o desenvolvimento moderno ocidental, alguns contrapontos devem ser lançados a sua análise. Fass sublinha que a noção de afeto dispensado às crianças não pode ser concebida como algo uniforme, uma vez que não é algo que todas as crianças experienciam de forma similar, assim a autora sustenta que *“the love for children cannot be said to have begun at any one point in history, while the callous treatment of children cannot be said to have ended once modern times began”*²⁷⁸. Nesse sentido, uma das críticas direcionadas a Ariès é a de uma tentativa de “achatar” o passado, ao implicitamente negar a complexidade histórica do medievo. Fass ainda salienta que a noção concebida por Ariès de que a infância não teve lugar na Idade Média é rebatida por muitos historiadores que reconheceram nesse período não somente as crianças, como também os contornos da infância. Nesse sentido, a autora observa que

childhood for all was shorter and many children left the parental home earlier, and those who were otherwise privileged could also provide some special protections to their own children, although parenting was far more at the mercy of a decimating mortality. And while the sixteenth century introduced some changes, they hardly marked the radical revolution that Ariès suggested.²⁷⁹

Se, por um lado, Ladurie reconhece que os papéis infantis e juvenis são profundamente dependentes da cultura de uma época dada, é possível concordar com Ariès

²⁷⁶ ARIÈS, Philippe. op. cit., p. 65.

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ FASS, Paula. **Is there a story in the history of childhood?** In: FASS, Paula (org.) *The Routledge History of Childhood in the Western World*. Nova Iorque: Routledge, 2013, p. 01-15, p. 04.

²⁷⁹ Idem.

que esses papéis, tal como conhecemos em nossos dias, tenham sido definidos apenas recentemente. Por outro lado, o historiador observa que boa parte da documentação levantada por Ariès em sua análise, é baseada em “*citações ad hoc extraídas dos escritores de antigamente e na magnífica coleção de quadros e gravuras que esse historiador [Ariès], conhecedor das galerias, reuniu em um museu da infância imaginário*”²⁸⁰. No mesmo sentido, Fass também observa que utilizando fontes baseadas na literatura e iconografia de classes mais abastadas, Ariès, sem perceber, esteve em verdade observando um recorte do que então se concebia como privilégios de uma possível infância:

the childhood we validate today was not ubiquitous but coexisted with other conceptions of childhood held by people whose world was not so modern and not so privileged. These different experiences of childhood and different understandings of protection, play, preparation, and other features of children’s growth from absolute infant dependency and protection to adolescent coming-of-age existed all through the modern West as part of the world of children and adults.²⁸¹

Desse modo, Ladurie questiona se a abordagem trazida por Ariès não é fruto de certa “miragem literária”: “*A emergência dos sentimentos pela infância nas belas-letras e na pintura pode ser reduzida ipso facto ao surgimento dos sentimentos pela infância na realidade de massa e não escrita da afetividade das classes baixas?*”²⁸²

²⁸⁰ LADURIE, Emmanuel. Le Roy. op. cit., p. 261.

²⁸¹ Nesse sentido: “Ariès had been examining privilege without acknowledging it. Childhood for Ariès was a defining quality of modernity that emerged everywhere in the West at a specific time. In fact, as many of the following essays demonstrate, modern childhood with its attendant protections, its aura of innocence, its links to schooling and preparation, its sexual taboos, and its appeal to adults’ sentimentality was hardly an experience common to most children even in the modern period; it was still reserved to only some in the nineteenth century, let alone the seventeenth. While the importance of the formative qualities of childhood were inscribed by Enlightenment thought in the eighteenth century, which also provided the impetus to its universalization, it was not experienced as a period set apart in its own world of play and schooling for most children until the twentieth century, after labor laws and school requirements carved it out of previous social spaces. This did not mean that childhood did not exist for those not privileged to attend school for most of the year or enjoy other aspects of childhood in its modern guise. Work could be part of childhood and living outside one’s birth family could also be part of childhood. Rather, it means the childhood we validate today was not ubiquitous but coexisted with other conceptions of childhood held by people whose world was not so modern and not so privileged. These different experiences of childhood and different understandings of protection, play, preparation, and other features of children’s growth from absolute infant dependency and protection to adolescent coming-of-age existed all through the modern West as part of the world of children and adults.” (FASS, Paula. op. cit., p. 11)

²⁸² LADURIE, Emmanuel. Le Roy. op. cit., p. 261. “A child’s life in the past, like that of an adult, could be brutal but it was not brutal because it was the life of a child and therefore did not matter. Judaism and Christianity both made child life vital and important and created certain protections for childhood – so did Islam. But circumstances could make even loving parents unable to protect their children and it could make people both caring and brutal. The same nineteenth-century planter who loved and indulged his sons and daughters could create conditions that made his slaves teach their own children qualities that would make for endurance.” (FASS, Paula. op. cit., p. 04)

Levi e Schmitt, com o objetivo de examinar a *juventude*, de modo similar, salientam a necessária análise de histórias, no plural, que concernem à juventudes, igualmente no plural, uma vez que concebem a(s) juventude(s) como fato social intrinsecamente instável, construídos pelas sociedades e reinseridos em emaranhados de relações sociais específicas, conectados a contextos e momentos históricos distintos. Também os autores pontuam o reconhecimento de que a desigualdade entre classes sociais torna as condições de vida e as opções culturais da ‘juventude dourada’ (toda época tem a sua) “*somente a expressão de uma minoria, embora sua presença nos documentos e na capacidade de atração do modelo que ela encarna sejam muito fortes.*”²⁸³ Nesse sentido, os autores denotam a necessidade de não esquecer outras figuras como escravos, mendigos, jovens agressivos e afins. Na mesma linha, ainda, Levi e Schmitt chamam atenção para o trato genérico dos jovens, sem a necessária precisão das diferenças culturais inerentes a rapazes e moças²⁸⁴.

Estabelecidos alguns contrapontos, retomando a análise feita por Ariès, uma observação deve ser feita no que concerne ao lugar outrora ocupado pela criança na sociedade brasileira. Não se pode almejar transplantar neste cenário a antiga realidade européia — eminentemente francesa —, sem esbarrar, nessa transposição, em uma leitura míope.

Del Priore anota alguns aspectos que diferenciam as experiências entre os dois continentes. Primeiro, nota que colônia portuguesa da América, tanto a escolarização — que se direcionava exclusivamente a uma minoria da população infantil, já que as escolas era poucas e destinadas às crianças de estratos sociais mais abastados — quanto a emergência da vida privada chegaram com um certo atraso. Segundo, observa que aspectos como o regime escravocrata e forte migração interna foram fatores capazes de alterar os equilíbrios familiares, e, no limite, também o desenvolvimento da intimidade e privacidade no núcleo familiar, o que distingue a nossa então sociedade — bastante estratificada — do contexto europeu urbano, burguês e iluminista²⁸⁵.

A autora destaca que na América portuguesa poucas palavras parecem ter sido utilizadas para definir a criança, sobretudo num passado marcado por instabilidades e permanente mobilidade populacional durante os primeiros da colonização. Assim, vocábulos como “meúdos”, “ingênuos” e “infantes” são os encontrados nos documentos relacionados à vida social na colônia portuguesa nas Américas: “*o certo é que, na mentalidade coletiva, a*

²⁸³ LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (org.). op. cit., p. 14.

²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ PRIORE, Mary Del. **O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império.** In: PRIORE, Mary Del (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo. Contexto: 2002. p. 84-106, p. 11.

infância era então, um tempo sem maior personalidade, um momento de transição e por que não dizer, uma esperança”²⁸⁶.

Em exame de correspondências que partiam de Lisboa, Bahia e Rio de Janeiro para a região das minas no decorrer do século XVIII, Scarano analisa que nesse período, a preocupação centralizava-se em tópicos eminentemente políticos e econômicos: pouco se falava da vida diária e dos aspectos mais corriqueiros do cotidiano; não era interessante comentar como viviam os escravos, os pobres, as mulheres e as crianças – mesmo aquelas filhas de indivíduos notórios da sociedade – sendo estas mencionadas apenas marginalmente e somente quando se tornava partícipe ou coadjuvante em uma ação: *“a importância da criança é vista como secundária, os assuntos que interessam são o fisco, os problemas e tudo aquilo que parecia afetar diretamente os governantes”*²⁸⁷. A maneira de encarar a vida na infância — e mesmo na morte, já que não era tida necessariamente como tragédia, mas fatalidade — tornava a criança figura pouco mencionada na correspondência entre metrópole e colônia. A ausência de referências, entretanto, não significa, que a crianças tenha sido desvalorizadas em si, *“há nas entrelinhas, uma ou outra maneira de mostrar que lhe davam valor, era a continuação da família, gozava do afeto dos seus, participava dos acontecimentos e das festas, enfim, tinha presença na vida do momento”*²⁸⁸. Nesse sentido, Del Priore nota que encontramos, por exemplo, relatos de naufrágios da Carreira das Índias que retratam dolorosas separações entre pais e filhos;

os testamentos feitos por jovens mães, mesmo as escravas analfabetas, tentando impedir que seus rebentos partissem para a Guerra do Paraguai, sublinhavam a dependência e os sentimentos que se estabeleciam entre umas e outros.²⁸⁹

Retornando à Ariès, se a chave de compreensão do exame realizado pelo autor é o de que a infância é uma criação da Europa moderna, é possível concluir que para ele, na sociedade medieval, portanto, o sentimento de infância não existia. Às críticas direcionadas à essa conclusão, defende-se o próprio autor — e fazendo jus à Ariès, também é a opção teórica adotado pela presente pesquisa. Tal conclusão não significa que as crianças fossem relegadas à negligência, ao abandono ou ao desprezo. Isso porque o sentimento de infância não se confunde com a afeição a elas dispensada: *“corresponde à consciência da particularidade*

²⁸⁶ PRIORE, Mary Del. op.cit., p. 84.

²⁸⁷ SCARANO, Julita. **Criança esquecida das Minas Gerais**. In: PRIORE, Mary Del (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo. Contexto: 2002, p. 108.

²⁸⁸ Ibidem, p. 110.

²⁸⁹ PRIORE, Mary Del. op. cit., p. 11.

infantil, essa particularidade que distingue essencialmente a criança do adulto, mesmo jovem. Essa consciência não existia.”²⁹⁰

Um paralelo, a partir do prisma da sociedade moderna ocidental, no mesmo sentido pode ser estabelecido a partir da abordagem da chamada “*nova sociologia da infância*”, desenvolvida nas décadas de 1980 e 1990. Com o resurgimento da sociologia estrutural, que busca apresentar a criança como uma característica permanente da estrutura social, lado a lado a outras estruturas, como classe e gênero, vislumbrou-se a construção de um novo paradigma, enfatizando a noção de crianças enquanto agentes ativos e criadores, capazes de trazer significação em suas relações com adultos e outras crianças.

Desse novo universo epistemológico, a análise feita por Jenks complementa a compreensão do lugar ocupado pelo sujeito traçada até aqui. O autor explica que historicamente dois foram os arquétipos dominantes relacionados à infância. Esses arquétipos, por terem se mostrado em diversas vezes durante a história arraigados a valores políticos e ideológicos distintos, são simplificados e apresentados pelo autor por meio da mitologia grega. Nesse sentido, os modelos apolíneo e dionísico são propostos como dois conjuntos incompatíveis e, entretanto, paralelos²⁹¹, de valores e características imputadas à natureza das crianças.

O primeiro arquétipo proposto por Jenks é traçado a partir da imagem mitológica de *Dionísio*: filho de Zeus e da mortal princesa Sêmele; deus grego da fertilidade e do vinho, cuja dupla personalidade traria tanto alegrias e êxtase, quando a raiva cega e brutal. O modelo dionísico repousa sobre a suposição da natureza da criança como algo naturalmente mau e, tal como Dionísio, dominado pelo hedonismo. Nessa ordem de ideias, Jenks aponta que o modelo teve grande aporte na doutrina cristã, com a ideia do pecado original: a criança chega ao mundo abrigando dentro de si um mau em potencial. O mau que lhe é inerente, de outro lado, pode e deve ser contido pelos adultos, que assim ganham aval absoluto para o exercício do poder. Desse modo, tais crianças não podem cair em más companhias, estabelecer maus hábitos ou permanecer ociosas sob ameaça de terem seus demônios internos liberados de seus corpos, as corrompendo e destruindo, por consequência, a própria sociedade²⁹². Diante de tal risco iminente, caberia aos pais, ou de modo geral, aos adultos, reproduzir a diretriz – rígida e

²⁹⁰ ARIÈS, Philippe. op. cit., p. 156.

²⁹¹ “To add to the complexity of these configurations I shall suggest that although they are competitive to the point of absolute incompatibility, within cultures they are used to understand childhood primarily through history but also synchronically, that is in parallel at the same time.” (JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p. 70.)

²⁹² Ibidem, p. 71.

severa –, inclusive através da coerção física. Esse *modus operandi* persistiu por todo o Puritanismo do século XVII até meados do XIX com o ideal de encontrar e travar uma batalha contra à embriaguez e ao ócio, muitas vezes ligados à infância²⁹³.

A contraface de Dionísio, *Apolo* era o deus da música, da luz e da verdade. O arquétipo apolíneo retrata as crianças como seres angelicais, inocentes e imaculados, que brincam e sorriem espontaneamente.²⁹⁴ Esse arquétipo, de acordo com Jenks, buscou explorar as particularidades de cada criança, encorajando e protegendo-a²⁹⁵, em contrapartida àquelas que, no modelo dionisiaco precisavam ser postas em submissão à força. Pressupõe-se, portanto, que crianças nascem boas, possuindo cada qual potenciais singulares e sendo, precipuamente, diferentes de qualquer adulto; merecedoras de tratamento e cuidado específicos.

A estrutura utilizada por Jenks serve também para a compreensão dos padrões impostos ao tratamento perante as crianças com o advento da nova chave mental da sociedade ocidental moderna. Cumpre destacar que a análise proposta depende da premissa essencial de que a infância deriva de uma estrutura especial dentro das relações em sociedade e que seus vários significados derivam de discursos que acompanham tais relações²⁹⁶. Do mesmo modo, a forma como se controlam as crianças se consubstancia em uma espécie de protótipo de como é exercido poder em sociedade²⁹⁷.

3.1.2 A criança como sujeito de direitos e o paradigma da prevalência de seu melhor interesse

No âmbito jurídico, é somente ao fim do século XIX, com a consolidação dos Estados-Nação que os conceitos modernos de “criança” e “infância” são estabelecidos²⁹⁸. Essa consolidação, conferiu à criança um status legal protetivo especial, ainda, entretanto, muito atrelado à lógica, conveniência e visão dos adultos a seu respeito: *"essa cegueira às crianças era parte de um modelo mais amplo de política único gênero e geração, praticada quase que*

²⁹³ “This harsh campaign of childhood persisted the Puritanism of the 17th century, and even on into the 19th century with an evangelical zeal that sought out and waged war on the depravity of drunkenness, idleness or childhood wherever it was found.” (JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p. 71.)

²⁹⁴ JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p. 73.

²⁹⁵ Conforme Jenks: “This Apollonian image lies at the heart of attempts to protect unborn through legislation concerning voluntary termination of pregnancies and endeavours in the USA to criminalize certain ‘unfit’ states of motherhood such as drug-addiction or HIV infection.” (JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p. 73.)

²⁹⁶ JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p.69.

²⁹⁷ JENKS, Chris. **Childhood**. Londres: Routledge, 2002, p.69.

²⁹⁸ THERBORN, Goran. **Child Politics: Dimensions and Perspectives**. In: *Childhood*. SAGE Publications, Londres, Thousand Oaks and New Delhi, 1996, p. 29.

*exclusivamente por homens de meia-idade*²⁹⁹.

Até meados da década de 30, já no século XX, o Direito direcionava seus olhares à infância a partir das lentes da Criminologia, mais particularmente, da *criminalização* da criança, “*a delinquência da juventude e da infância em risco moral e jurídico tornou-se a principal preocupação das pessoas preocupadas com as crianças nas Américas*”.³⁰⁰ A grande mudança nessa concepção se insurge, no contexto ocidental, com os movimentos emancipatórios da década de 60, principalmente com a influência incutida pelo feminismo, que trouxe em seu bojo duas grandes e centrais contribuições para a temática: a visibilidade e a conceitualização.

Por conseguinte, a lógica jurídica, ao longo do tempo, construiu a noção de infância, de formas distintas, que variou de uma abordagem que concebia a criança como objeto pendente de atenção e caridade a um modelo que passa a projetar o menor como sujeito de direito, independente, nos limites de sua incapacidade. Nesse sentido, Tobin sugere a emergência de três grandes modelos da *ratio* das cortes: o modelo de propriedade, o modelo de bem-estar e a abordagem baseada em direitos.

Na ótica da primeira matriz – calcada na lógica da propriedade –, as crianças seriam absolutamente submetidas ao poder parental. As crianças, nessa perspectiva, não eram objetos de construções normativas e jurídicas que garantissem seus direitos, sendo então inexistente, de modo geral, uma legislação especialmente construída para tutelá-las. A seu turno, o modelo de bem-estar surge ao fim do século XIX, em meio à ruína do modelo de propriedade em assegurar a proteção à criança quando sob os cuidados de seus pais ou outros adultos. O princípio basilar dessa nova abordagem é o de que crianças são vulneráveis e imaturas, não possuindo, portanto, capacidade de se proteger contra quaisquer ameaças. Nesse sentido, os pais, ou em sua ausência, o Estado, detêm a titularidade do melhor interesse da criança³⁰¹. O impacto do modelo de bem-estar, na prática, acaba por ir além da aplicação do melhor interesse da criança: sob a justificativa da vulnerabilidade, sua vontade pode vir a ser totalmente ignorada, já que não é a criança a titular da voz a decidir sobre o seu melhor interesse. O modelo da abordagem baseada em direitos, insurgente em meados da década de 60, por outro lado, passa perceber a crianças não mais como um sujeito relegado ao poder

²⁹⁹ Livre tradução da autora: “[...] this blindness to children was part of a broader pattern of single-gender, single-generation politics, practised almost exclusively by middle-aged males.” (THERBORN, Goran. op. cit., p. 30-31.)

³⁰⁰ Livre tradução da autora: “juvenile delinquency and children in moral and legal peril became the main preoccupation of people concerned with children in the Americas.” (Ibidem, p. 32.)

³⁰¹ TOBIN, John. op. cit., p. 7.

exclusivo de seus pais, mas como sujeitos capazes de se expressar em seu melhor interesse.

Pereira elenca, nesse sentido, as três correntes jurídico-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância no Brasil, desde o século XIX³⁰². A Doutrina do Direito Penal do Menor, centrada nos Códigos Penais de 1830 e 1890, “*preocupou-se especialmente com a delinquência e baseou a imputabilidade na ‘pesquisa do discernimento’ – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso*”³⁰³. Cabia, portanto, ao magistrado determinar se o jovem seria ou não capaz do dolo, levando-se em conta elementos como sua vida pregressa, seu modo de pensar e sua linguagem, por exemplo.

Com o advento do Código de Menores de 1979, passou a vigorar no país a chamada Doutrina Jurídica da Situação Irregular, cujo período de aplicação foi marcado por uma “*política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator*”³⁰⁴ e por uma fase de competência de caráter penal e tutelar do juiz. Nesse contexto, observa Pereira que “*sua interferência ocorria nas hipóteses de prática do ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais*”³⁰⁵. Por outro lado, ante o movimento de mobilização do início da década de 80 – marcado por um intenso debate sobre os aspectos da proteção da infância-adolescência –³⁰⁶, e, finalmente, com promulgação da Constituição Federal de 1988, a Doutrina Jurídica da Proteção Integral passou a compor o arcabouço normativo brasileiro. Conforme essa doutrina, “*a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos*”³⁰⁷.

O século XX, em especial, alimentou uma crescente preocupação com o bem-estar da criança, que se manifestou expressamente em uma sequência de documentos internacionais emanados de diversos órgãos internacionais e regionais³⁰⁸. O formato e a racionalidade da abordagem baseada em direitos, que atualmente permeia o pensamento jurídico, no plano internacional, coincide com o surgimento e arcabouço da Convenção das Nações Unidas

³⁰² PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança**: Um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 11.

³⁰³ Idem.

³⁰⁴ Ibidem, p. 13.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Ibidem, p. 14.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**: A Criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 80.

sobre os Direitos da Criança³⁰⁹, de 1989, a partir da qual desenvolveu-se uma nova política, calcada, principalmente, em uma agenda internacional, em uma abertura para com organizações internacionais e em objetivos voltados tanto para uma mudança social quanto estatal, indo também um pouco na contra-mão das arraigadas e absolutas noções de “autodeterminação”, “soberania nacional” e “não ingerência em assuntos internos” dos Estados³¹⁰.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no plano internacional, e a Constituição brasileira de 1988³¹¹, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90)³¹², no plano interno, inauguram na cultura jurídica contemporânea um novo paradigma inspirado pela concepção da criança e do adolescente “*como verdadeiros sujeitos de direito, em condição peculiar de desenvolvimento*”³¹³. Assim, “*ser ‘sujeito de direitos’ significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, a passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos.*”³¹⁴ Estabelece-se assim um novo paradigma que promove a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, consagrando lógica e principiologias próprias voltadas a assegurar a prevalência e primazia do melhor interesse da criança³¹⁵. Nesse sentido, observam Piovesan e Pirotta: “*A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade*”.³¹⁶

O paradigma do melhor interesse da criança, nessa toada, tem norteado tratados e convenções internacionais, da mesma forma que tem orientado, em todo o mundo as decisões

³⁰⁹ Incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro em 24 de setembro de 1990 por meio do Decreto n. 99.710 de 1990.

³¹⁰ THERBORN, Goran. op. cit., p. 35.

³¹¹ Notadamente no que concerne à norma constante de seu artigo 227, segundo o qual “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³¹² “Uma das principais inovações do ECA é aplicar-se a todos os indivíduos cuja idade seja inferior a 18 anos, ao contrário do antigo Código de Menores, que se aplicava somente aos menores em situação irregular, criando uma dicotomia jurídica entre crianças e adolescentes que se encontravam em situação regular junto de suas famílias e aqueles que se encontravam fora desses padrões considerados regulares pela legislação e pela interpretação jurisprudencial e doutrinária de tal legislação. O termo ‘menor’ ficou de tal forma associado a essa situação de irregularidade que passou a ser considerado discriminatório, sendo banido da legislação atual.” (PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Os Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes no Direito Internacional e no Direito Interno**. In. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 453.)

³¹³ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. op. cit., p. 448.

³¹⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. op. cit., p. 15.

³¹⁵ PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. op. cit., p. 448.

³¹⁶ Ibidem, p. 449.

de Tribunais³¹⁷. Pereira observa que o princípio tem origem atrelada ao instituto *parens patriae*, utilizado na Inglaterra “como uma prerrogativa do Rei e da Coroa a fim de proteger aqueles que não podiam fazê-lo por conta própria”³¹⁸. Nesse momento histórico, a criança era considerada uma coisa pertencente ao seu pai³¹⁹. Atualmente, a aplicação do princípio do melhor interesse configura um padrão que considera, sobretudo, as necessidades de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais ou responsáveis, devendo realizar-se sempre uma *análise do caso concreto*³²⁰. Nesse sentido, salienta Pereira:

Cabe, no entanto, um alerta para o perigo de sua aplicação por fundar-se na subjetividade de cada juiz, não deixando espaço para a consideração de outros interesses, também importantes, acarretando generalizações e dando margem à discricionariedade. Com isso, pode-se concluir que não existe uma orientação uniforme nem mesmo fatores determinantes do que venha a ser o ‘*melhor interesse*’.³²¹

O princípio do melhor interesse não se trata de uma recomendação, mas de uma diretriz determinante nas relações da criança³²². Conforme salienta Lôbo, “o princípio é um reflexo do caráter integral dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral”³²³. O termo “*melhor interesse*”, assim, descreve amplamente o bem-estar de uma criança³²⁴. Nesse contexto, o bem-estar é determinado por uma gama de circunstâncias individuais, a exemplo de fatores como a idade, o nível de maturidade, a presença ou ausência dos pais e o ambiente e experiências da criança³²⁵. Assim, sua interpretação e aplicação devem se mostrar em conformidade com instrumentos de proteção à criança tanto a nível nacional, quanto internacional³²⁶. A indeterminação do princípio,

³¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. op. cit., p. 01.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 01-02.

³²⁰ Ibidem, p. 03.

³²¹ Idem.

³²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 5, n. 9. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999, p. 144.

³²³ Idem.

³²⁴ ACNUR. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**. Genebra, 2008, p. 14.

³²⁵ “Such well-being is determined by a variety of individual circumstances, such as the age, the level of maturity of the child, the presence or absence of parents, the child’s environment and experiences.” (ACNUR, op. cit., 2008, p. 14.)

³²⁶ “Con esta normativa internacional se pretende proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, con base en la visión del interés de los niños, niñas o adolescentes sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto. Dicha Convención ha tenido eco en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo ha expresado en los casos de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú del 8 de julio de 2004, en el caso de las niñas Yean y Bosico vs República

portanto, deve ser vista com bons olhos uma vez que é exatamente a sua indeterminação que faz com que seja possível utilizá-lo na mais variada gama de situações possíveis. Nessa ordem de ideias, Pereira observa que

a falta de clara definição para o princípio que resguarda a oitiva da criança aliada ao poder discricionário muito amplo por tal princípio autorizado podem gerar resultados injustos para as crianças, [assim como fazer que o número de litígios aumente], fornecendo aos juízes elementos vagos que podem comprometer suas próprias decisões³²⁷.

Em âmbito internacional, o princípio do melhor interesse da criança encontra-se consagrado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança: “*Todas las acciones relativas a las crianças, llevadas a efecto por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o órganos legislativos, deben considerar, primordialmente, el interés mayor de la criança*”. Nesse diapasão, qualquer decisão que envolva o menor deve considerar o que, à luz do caso concreto, melhor convenha à criança: deve atentar, portanto, a elementos como seus desejos e sentimentos – de acordo com sua idade e maturidade –, bem como suas necessidades físicas, emocionais e educativas³²⁸. Nesse sentido, “*para decidir o que melhor convenha às crianças, torna-se necessário tentar estabelecer os efeitos prováveis que podem decorrer da decisão a tomar*.”³²⁹ Tais efeitos, por sua vez, dizem respeito “*quanto à mudança ou manutenção em seu ambiente, deve-se definir o conjunto de circunstâncias pessoais, físicas, morais, familiares, de amor, confiança e educação da criança ou adolescente*.”³³⁰

A Convenção, portanto, determina que o melhor interesse da criança deve ser fator determinante para a tomada de quaisquer ações, notadamente a adoção e a separação de uma

Dominicana, de fecha 8 de septiembre de 2005, en el caso de los niños de la Calle vs Guatemala, de fecha 19 de noviembre de 1999, en el caso Bulacio vs Argentina del 18 de septiembre de 2003, en el caso del Instituto de la reeducación del menor vs Paraguay de fecha 2 de septiembre de 2004, y en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-17/02 de fecha 28 de agosto de 2002, la cual indicó que este principio regulador de la normativa de los derechos de los niños y niñas se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido**. In: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2015, p. 54.)

³²⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 32.

³²⁸ LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.

³²⁹ Livre tradução da autora: “Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace viable tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.)

³³⁰ Livre tradução da autora: “Cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, niña o adolescente se va a rodear.” (LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio, op. cit., p. 55.)

criança de seus pais, contra a sua vontade. Precisa, ainda, que o melhor interesse deve ser o primeiro, porém não o único, aspecto a ser levado em consideração no tocante às decisões atinentes à criança, seja em âmbito público ou privado³³¹. O princípio do melhor interesse da criança é compreendido, por conseguinte, como uma disposição “*guarda-chuva*”, sendo invocada como princípio norteador para a interpretação e aplicação das garantias constantes da Convenção de 1989.

No cenário brasileiro, como princípio — ou novo paradigma — o melhor interesse se apresenta em no sistema jurídico com seus próprios indicadores, devendo-se, nesse sentido, ao aplicá-lo levar em consideração sua base legal³³².

3.2 A CRIANÇA QUE CRUZA SOZINHA FRONTEIRAS INTERNACIONAIS

“(...) *Pequeninos mui famintos
em tapinhas se juntavam
atraindo mais crianças
das ruínas que os cravam. (...)*”³³³

3.2.1 A criança migrante separada e desacompanhada

A migração pode ser investigada com base em óticas múltiplas: a partir do sujeito que se desloca, do trajeto que realiza, do local que deixou, do local para onde irá, dos motivos pelos quais partirá. Dentre essas possibilidades, a perspectiva de análise a partir do sujeito, por sua vez, abre outras tantas avenidas de estudo. Nas últimas décadas, pouco tem sido a atenção dada à criança migrante, que tende a ser reputada como um anexo de sua família — um apêndice ou uma extensão dos pais ou adultos que lhes acompanham no processo migratório. Bhabha observa que a migração tende cada vez mais a ser considerada um fenômeno voluntário, tomado por adultos, passível de controle. E nessa perspectiva, “*children do not feature in this large-scale picture, except as occasional appendages to adults.*”³³⁴

Nesse sentido, se também a migração de crianças pode ser lida por ângulos diferentes — famílias migrantes, menores deixados no país de origem, elegibilidade nos casos de refugiadas e solicitantes de refúgio e vítimas do tráfico internacional de pessoas, por

³³¹ ACNUR, op. cit., 2008, p. 14.

³³² PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 27.

³³³ BRECHT, Berthold. **A cruzada das crianças**. São Paulo: Pulo do Gato, 2014.

³³⁴ BHABHA, Jacqueline. **Child Migration and Human Rights in a Global Age**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2014, p. 15.

exemplo³³⁵ — a chegada de uma criança que cruza *sozinha* fronteiras internacionais se apresenta como uma dessas perspectivas. O recorte é particular e limítrofe uma vez que coloca em xeque a percepção da criança enquanto criança, na qualidade de agente e, sobretudo, enquanto sujeito de direitos.

Consigna-se “*crianças desacompanhadas*”, crianças, conforme a definição do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Crianças, que foram separadas de ambos os seus pais ou demais responsáveis e não estão sendo amparadas por qualquer outro adulto que, por lei ou costume, seria responsável por fazê-lo. Por “*crianças separadas*”, entende-se aquelas que, também conforme a definição do artigo 1 da Convenção sobre os Direitos das Crianças S, encontram-se separadas de seus pais ou de demais responsáveis legais, mas não necessariamente de outros parentes ou adultos. Trata-se, por exemplo, da hipótese em que uma criança está acompanhada por adultos membros de outra família que não a sua. Os termos “*separada(s)*” e “*desacompanhada(s)*” a despeito de seus nuances, remetem, portanto, a uma mesma categoria jurídica composta por três elementos: a menoridade, a extraterritorialidade e a potencial situação de risco ou abandono devido à ausência de seus pais ou responsáveis legais³³⁶.

Nessa linha, a terminologia “*criança isolada*” (“*mineur isolé étranger*”) por sua vez, é empregada particularmente no contexto francês. Sobre o uso dessa expressão, Senovilla Hernández observa que

cependant, si ce terme est largement adopté par les institutions et les praticiens, il demeure absent des lois et codes qui sont appliqués à cette population (...) L'absence de définition législative du terme n'empêche toutefois pas son utilisation dans des normes réglementaires (...) Dans le cadre français, l'ajout du terme « isolé

³³⁵ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **O paradoxo da globalização e a migração infantil**: algumas reflexões. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEAGA, Tuíla. (orgs.) *Política Migratória e o Paradoxo da Globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 151. Cernadas, García e Salas identificam diferentes categorias de crianças migrantes no contexto da migração, a saber: i) crianças que permanecem em seus países de origem; ii) crianças desacompanhadas e separadas; iii) crianças que migram na companhia de seus pais ou responsáveis; iv) crianças nascidas no país de destino dos pais; e v) crianças migrantes retornadas. Sobre as crianças nascidas no país de destino dos pais, os autores observam que tratam-se de “niños que nacen en el país en el que residen sus padres. Según el criterio que rige en ese país y en el de origen (*ius sanguinis* o *ius soli*), pueden tener la nacionalidad de sus padres y/o la nacionalidad del país de destino”. Sobre as crianças migrantes retornadas, os autores anotam que tratam-se de menores “migrantes o nacidos en el país de destino de padres migrantes, que regresan a su país de origen (o el de sus padres), solos o acompañados, de forma voluntaria o como consecuencia de un procedimiento de deportación o repatriación”. (CERNADAS, Pablo Ceriani; GARCÍA, Lila; SALAS, Ana Gómez. **Niñez y adolescencia en el contexto de la migración**: principio, avances y desafíos en la protección de sus derechos en américa latina y el caribe. In: *Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*. Brasília, Ano XXII, n. 42, p. 9-28, 2014, p. 10-11.)

³³⁶ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. **Analyse d'une catégorie juridique récente**: le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé. In: *Revue européenne des migrations internationales*. Vol. 30 - n° 1. Poitiers: Universidade de Poitiers, 2014, p. 20.

» se justifie par la supposée situation d'absence des représentants légaux du mineur et des conséquences liées à son incapacité juridique (...)³³⁷.

Em sua análise, Senovilla Hernández acrescenta à categoria jurídica das crianças migrantes separadas, desacompanhadas — e isoladas, no exemplo francês — a noção de crianças *mal accompagnadas*. Didaticamente o autor subdivide essa categoria em outros dois arquétipos. O primeiro arquétipo identificado diz respeito aos “*mineurs qui migrent ‘accompagnés’ de personnes adultes à qui l’autorité parentale a été déléguée par leurs parents suite à un accord coutumier ou informel*”.³³⁸

O segundo arquétipo trata de “*mineurs qui migrent avec leurs parents ou les rejoignent mais qui se trouvent dans une situation d’abandon du fait d’un exercice limité ou inadéquat de l’autorité parentale*”³³⁹. A segunda hipótese apontada por Senovilla Hernández talvez se apresenta como a mais intrigante por representar a possibilidade de ser a mais frequente e, entretanto, menos visível — ou pelo menos, mais difícil de ser identificada³⁴⁰. Diz respeito aos casos em que “*certaines enfants mineurs dont les parents sont déjà dans une situation d’instabilité personnelle et/ou de précarité sociale qui les empêche d’exercer leurs devoirs parentaux de façon correcte*”³⁴¹. Tratam-se, portanto, dos casos em que os próprios pais ou responsáveis exercem nas crianças algum tipo de exploração em razão da vulnerabilidade extrema inerente à sua condição migratória: “*dans certaines situations extrêmes, ces parents peuvent même exercer une sorte d’exploitation à l’égard de leurs enfants en les poussant vers la pratique d’actes délictuels ou la mendicité*”.³⁴² Nesse sentido, embora a possibilidade formal de remissão à categoria de crianças separadas ou desacompanhadas seja inviabilizada, tendo em vista a presença dos pais, as especificidades

³³⁷ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 20.

³³⁸ A primeira hipótese apontada pelo autor é exemplificada pelo caso de crianças romenas que migram à Itália por via terrestre e que carregam um documento que delega o poder parental em nome de outros viajantes adultos que os acompanham, ou até mesmo em nome dos motoristas de ônibus que os carregam. Outro exemplo relacionado à primeira hipótese diz respeito à acordos inter famílias para uma finalidade migratória tida como “sustentável”. Na perspectiva do autor, tal é o caso das crianças migrantes marroquinas e argelinas conhecidas como “kafalées”, e das crianças migrantes senegalesas “confiés par leurs familles aux pêcheurs de Dakar et d’autres régions sénégalaises pour apprendre le métier, la sévère diminution des ressources halieutiques qu’a dû affronter ce pays dans les années 2000 a vu la reconversion de ces « tuteurs » en passeurs de migrants clandestins à l’heure où la route des Canaries était en plein essor (période 2005-2008)”. (HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 28)

³³⁹ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 28.

³⁴⁰ Nesse sentido: “Le second cas de figure se révèle encore plus complexe même s’il intéresse des mineurs migrant avec leurs parents. Nous ne faisons pas ici référence aux ascendants de personnes étrangères qui malgré leur possible situation précaire exercent convenablement leurs responsabilités en tant que père et mère (bien que ces mineurs soient parfois mis en danger du fait du harcèlement que les agents d’immigration peuvent faire subir à leurs parents) [...]” (HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 29)

³⁴¹ Ibidem, p. 30.

³⁴² Idem.

dos casos concretos os aproximam, em realidade, da categoria de menores não acompanhados³⁴³. Por conta disso, Senovilla Hernández observa que “*certaines associations spécialisées ont adapté leurs catégories et utilisent le terme de ‘mineurs étrangers en danger’ afin d’intégrer ces jeunes dans le cadre de leurs interventions et ce malgré la présence d’une autorité parentale*”³⁴⁴.

Bhabha utiliza a terminologia “*crianças migrantes independentes*” (“*independent child migrants*”) para fazer referência àquelas que cruzam sozinhas fronteiras internacionais, seja porque separadas ou desacompanhadas de seu grupo familiar. Nesse sentido, a autora estabelece quatro categorias amplas definidoras do objetivo principal da viagem: i) crianças que migram em busca de oportunidades, sejam elas educacionais ou afins; ii) crianças que migram para fins de sobrevivência — para escapar de perseguição ou guerra, abuso familiar, extrema pobreza; iii) crianças que migram para efetivar a reunião familiar — visando se unir a membros do grupo familiar no país de destino a despeito de suas condições migratórias; e iv) crianças que migram no contexto de exploração — particularmente na situação de tráfico internacional de pessoas³⁴⁵. Bhabha observa que “*these groups are not mutually exclusive. Like adults, children travel independently for reasons which may overlap*”³⁴⁶.

Independentemente da idade adotada como divisora da maioridade civil — 18 (dezoito) anos no caso do Brasil e na maioria dos países do globo — a condição de menoridade é associada a uma incapacidade jurídica ou a uma capacidade jurídica limitada. Fiquemos com o paradigma do ordenamento jurídico brasileiro, o qual estabelece dois momentos da existência humana como marcos para a capacidade do exercício dos atos da vida civil: aos 16 (dezesseis) e aos 18 (dezoito) anos³⁴⁷. Até aquele marco, o Direito entende que o indivíduo ainda não detém do discernimento necessário para a prática dos atos jurídicos — trata-se da incapacidade, cujo caráter é absoluto e os atos, se realizados, nulos. Dos 16 anos até os 18, por outro lado, “*o direito já lhe reconhece certa maturidade e, conseqüentemente, determinada capacidade para o exercício da vida civil, desde que assistido. A incapacidade é relativa a certos atos*”³⁴⁸. Entende o ordenamento jurídico brasileiro que aqueles maiores de 16 anos e menores de 18, por já possuírem um certo grau de

³⁴³ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 30.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ BHABHA, Jacqueline. **Independent Children, Inconsistent Adults**: International Child Migration and the Legal Framework. Innocenti Discussion Paper no. IDP 2008-02. Florence: UNICEF-IRC, 2008, p. 02.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 266.

³⁴⁸ Idem.

maturidade, são considerados relativamente incapazes, de forma que, embora o Código Civil não lhes autorize praticar validamente *todos* os atos da vida civil, já lhes reconhece discernimento suficiente para alguns³⁴⁹. Aos 18 anos, via de regra, torna-se o indivíduo plenamente capaz, podendo praticar validamente os atos da vida civil.

Nesse sentido, crianças — menores de 18 anos — necessitam da proteção e da assistência material, física e moral de seus pais ou responsáveis. A ausência temporária ou definitiva desses adultos em suas vidas é, por conseguinte, o que caracteriza a categoria de crianças (ou menores) desacompanhadas e separadas. Nesse sentido, “*comme conséquence de cette absence, on présuppose à juste titre que le mineur se trouvant dans cette situation doit être protégé et assisté par les autorités de l’État où il se trouve*”³⁵⁰. À noção de criança se justapõe a noção de migrante — *d’étranger*, que, a depender da orientação da política migratória de determinado Estado, pode(ria) justificar um tratamento jurídico diferente àquele dispensado às crianças de que são nacionais.

3.2.1.1 O recorte de uma categoria: a figura da criança separada e desacompanhada em situação de refúgio

A separação da criança em situação de refúgio de pais ou responsáveis pode ter ocorrido tanto no início do processo de refúgio, quanto em seu decorrer³⁵¹. Pode acontecer de a separação ter sido causada de forma acidental. Podem ter sido sequestradas, ou tornadas órfãs. Podem ter fugido, ou vivido de forma independente com o consentimento dos pais. Em situações de conflito, as crianças podem ter sido separadas de seus pais como resultado do recrutamento militar ou da prisão de seus genitores. A despeito disso, entretanto, a figura paradigmática da pessoa refugiada por muito tempo foi desenhada como a do homem adulto que foge sozinho de seu país de origem com o intuito de salvar a sua vida e que, no país de acolhida, garante a reunificação familiar, a segurança e o provento de seus dependentes. Muitos dos principais componentes do direito internacional migratório — atribuição de

³⁴⁹ AMARAL, Francisco. op. cit., p. 266.

³⁵⁰ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 30.

³⁵¹ FURQUIM, Angelica. **A criança refugiada desacompanhada ou separada: non refoulement, melhor interesse da criança e a inversão do caráter protetivo na prática brasileira**. 2016, 88 f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito) Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 50.

nacionalidade e controle do cruzamento de fronteiras, por exemplo — foram perfilados a partir dessa perspectiva³⁵².

Bhabha nota que “*women, children and migrants with disabilities share the fact that were, until recently, neglected because they were thought to be derivative migrants, rather than migrant actors in their own right and deserving their own status.*” Objetivamente, assim como gênero e orientação sexual, a idade não é expressamente mencionada na Convenção de 1951, ou no Protocolo Adicional de 1967, como um fundamento específico para a concessão do status de pessoa refugiada. Por outro lado, a gama de situações intrinsecamente relacionadas ao recorte etário que podem levar à perseguição é extensa e tem se tornado cada vez mais manifesta. Se no passado as crianças eram tidas como espectadoras de conflitos, ou vítimas acidentais de danos direcionados a outrem, hoje, “*with the changing nature of modern warfare engulfing civilian populations, they themselves are frequently directly targeted both for inter- and intrastate violence*”³⁵³.

Assim, em que pese crianças refugiadas e solicitantes de refúgio tenham direito à mesma proteção que os adultos, à luz de sua situação de vulnerabilidade, uma correta determinação do status de pessoa refugiada pressupõe uma abordagem que seja sensível a sua idade³⁵⁴. Isso porque, por conta de sua vulnerabilidade e dependência ainda não plenamente desenvolvidas, bem como seus diferentes estágios de desenvolvimento e capacidades³⁵⁵, frequentemente crianças se tornam vítimas de perseguições específicas, ou percebem perseguições invisíveis aos olhos dos adultos. Crianças são frequentemente submetidas à perseguições perpetradas por atores não estatais, incluindo seus próprios pais ou outros membros de suas famílias, grupos guerrilheiros ou demais integrantes de suas comunidades:

in such situations, the assessment of the well foundedness of the fear has to include considerations as to whether or not the State is unable or unwilling to protect the victim. Whether or not the State or its agents have taken sufficient action to protect the child will need to be assessed on a case-by-case basis.³⁵⁶

³⁵² BHABHA, Jacqueline. **Women, children and other marginalised migrant groups**. In: OPENSKI, Brian; PERRUCHOU, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). *Foundations of International Migration Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 205.

³⁵³ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 332.

³⁵⁴ EDWARDS, Alice. **Age and Gender Dimensions in International Refugee Law**. In: FELLER, Erika; VOLKER, Turk; NICHOLSON, Frances. *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 57.

³⁵⁵ ACNUR. **Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Acnur, 2009, p. 09.

³⁵⁶ Ibidem, p. 16.

Um exame adequado dos aspectos objetivo e subjetivo do fundado temor de perseguição requer, desse modo, tanto uma análise atualizada quanto um conhecimento específico das circunstâncias relacionadas à criança no país de origem³⁵⁷.

Ao lado da idade, outros elementos tais como características sócio-econômicas — histórico familiar, classe social, casta, saúde, nível de escolaridade — podem elevar o risco dos danos à vida da criança e influenciar no tipo de perseguição por ela sofrida. Nesse sentido, por exemplo:

children who are homeless, abandoned or otherwise without parental care may be at increased risk of sexual abuse and exploitation or of being recruited or used by an armed force/group or criminal gang. Street children, in particular, may be rounded up and detained in degrading conditions or be subjected to other forms of violence, including murder for the purpose of “social cleansing”.³⁵⁸

Do mesmo modo, crianças portadoras de deficiência, privadas de tratamento médico especializado, podem ser banidas por seus familiares ou comunidade. Crianças reputadas como reflexo de situações familiares não convencionais, incluindo, por exemplo, aquelas nascidas fora do casamento, em violação de políticas familiares coercitivas, ou por estupro, podem enfrentar abuso e discriminação severa.³⁵⁹

Nas solicitações de refúgio em razão da dimensão etária, em que pese o pertencimento a um grupo social determinado ser, em geral, o prisma a partir do qual são analisadas as solicitações de refúgio baseadas em idade³⁶⁰, uma solicitação com base nesse fundamento não

³⁵⁷ No Brasil, quanto à elegibilidade dos casos, o CONARE reputa-se atento a determinados grupos sociais pertencentes a o que o comitê denomina como “*grupos de risco*” ou “*grupos vulneráveis*”, nos quais enquadram-se além de crianças, mulheres, homossexuais, formadores de opinião pública e líderes comunitários em geral. Nos casos envolvendo crianças, Leão, em análise das decisões do CONARE, observa que o comitê posiciona-se atento a múltiplas possibilidades de análise como é o caso da natureza declaratória do refúgio, do princípio do melhor interesse da criança e dos princípios estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, da qual o Brasil é parte. Nas hipóteses de crianças refugiadas separadas e desacompanhadas, à luz da análise do caso n. 08460.013946/2004-62, Leão exalta o conteúdo humanitário das deliberações do órgão colegiado. Cf. LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: Decisões comentadas do CONARE**. N/i: N/i, 2007, p. 34-35.

³⁵⁸ ACNUR. op. cit., 2009, p. 07.

³⁵⁹ Idem.

³⁶⁰ “Children’s claims to refugee status most often have been analysed in the context of the Convention ground of “membership of a particular social group”, although any of the Convention grounds may be applicable. [...] Although age, in strict terms, is neither innate nor permanent as it changes continuously, being a child is in effect an immutable characteristic at any given point in time. A child is clearly unable to disassociate him/herself from his/her age in order to avoid the persecution feared. The fact that the child eventually will grow older is irrelevant to the identification of a particular social group, as this is based on the facts as presented in the asylum claim. Being a child is directly relevant to one’s identity, both in the eyes of society and from the perspective of the individual child. Many government policies are age-driven or age-related, such as the age for military conscription, the age for sexual consent, the age of marriage, or the age for starting and leaving school. Children also share many general characteristics, such as innocence, relative immaturity, impressionability and evolving

exclui a aplicação de outras razões que a ela podem se sobrepor — raça, religião, nacionalidade e opinião política³⁶¹. De modo bastante didático, Bhabha diferencia analiticamente três diferentes tipologias de perseguição.

O primeiro arquétipo diz respeito às formas de perseguição que não são especificamente relacionadas ao fato de a vítima ser uma criança. Trata-se, portanto, dos casos em que o fundado temor de perseguição é também compartilhado por adultos³⁶². Dentre as categorias clássicas do refúgio, os exemplos mais frequentes são os de perseguição por razão religiosa ou opinião política.

O segundo arquétipo apontado pela autora faz referência às formas de perseguição intrínsecas à puerilidade da vítima. São, por exemplo, os casos que incluem infanticídio, recrutamento de crianças soldado, abuso infantil por parte de pessoas do núcleo familiar, maus tratos sofridos por crianças órfãs, crianças fruto de incesto, mutilação genital feminina de meninas, trabalho infantil, recrutamento de crianças para exploração sexual e casamento forçado³⁶³.

Martuscelli nota que para as crianças costuma ser difícil posicionar-se contra práticas tradicionalmente arraigadas em determinada sociedade, o que evidencia o fato de que crianças podem sofrer uma perseguição por pertencerem a um grupo social específico — o grupo

capacities. In most societies, children are set apart from adults as they are understood to require special attention or care, and they are referred to by a range of descriptors used to identify or label them, such as “young”, “infant”, “child”, “boy”, “girl” or “adolescent”. The identification of social groups also may be assisted by the fact that the children share a common socially-constructed experience, such as being abused, abandoned, impoverished or internally displaced. [...] The applicant’s membership in a child-based social group does not necessarily cease to exist merely because his/her childhood ends. The consequences of having previously belonged to such a social group might not end even if the key factor of that identity (that is, the applicant’s young age) is no longer applicable. For instance, a past shared experience may be a characteristic that is unchangeable and historic and may support the identification of groups such as “former child soldiers” or “trafficked children” for the purposes of a fear of future persecution.” (ACNUR op. cit., 2009, p. 16.)

³⁶¹ Sobre esta, em particular, a título de exemplo, Martuscelli aponta o caso da paquistanesa Malala Yousafzai, perseguida pelo regime Talibã em 2012 por defender o direito de meninas à educação e continuar estudando mesmo quando o grupo fundamentalista advertia o contrário: “*Malala sofreu uma perseguição específica por ser menina e defender seu direito à educação tendo sido vítima de um ataque terrorista quando tinha apenas 15 anos.*” (MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **Infância como Categoria de Perseguição?** Crianças Refugiadas e Proteção Internacional. In: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Orgs.). Boa Vista: Editora da UFRR, 2018, p. 211.)

³⁶² “Many child asylum seekers, like their adult counterparts, flee their homelands to escape politically or religiously motivated or ethnically based persecution that has no particular relationship to the fact that they are children. [...]” Por outro lado, entretanto, deve-se atentar ao fato de que “children may be particularly targeted as a means of “getting at” activist parents [...] “More recently, Syrian children have been a particular target of government forces intent on quashing public protest and terrorizing parents into placing their children under curfew.” (BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 365)

³⁶³ Nesse sentido, ainda, “despite the obstacles, however, some child-specific asylum applications have been successful, indicating expansion of the scope for child protection in this field. Applications based on child abuse, stigmatization of childhood autism, and cerebral palsy have been granted, as have cases arising out of forced marriage and slavery-like child labor. The overall picture here is one of inconsistency—a vacillation between protective outcomes and less generous findings rooted in a more traditional rejection of children as independent asylees.” (BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 367)

social *crianças*. Nesse sentido, crianças soldado são merecedoras de proteção internacional enquanto refugiadas haja a vista, por exemplo, a notória relação entre deslocamento e recrutamento forçado, uma vez que “*famílias se deslocam para evitar que seus filhos sejam recrutados em um conflito armado*”³⁶⁴. O mesmo se aplica em situações em que a criança está em risco de um novo recrutamento forçado ou encontra-se em risco de ser punida por ter evitado o recrutamento forçado ou por ter desertado das forças armadas de determinado Estado. Da mesma forma, o recrutamento por um grupo armado paramilitar de qualquer criança com idade inferior a 18 (dezoito) anos seria considerado perseguição³⁶⁵.

Casos de matrimônio forçado e procedimentos de mutilação genital feminina³⁶⁶ são outras hipóteses que ensejam a determinação do status de pessoa refugiada e que frequentemente dizem respeito tanto à idade quanto ao gênero da vítima³⁶⁷. Assim ainda,

it can happen that a girl is unwilling or unable to express fear, contrary to expectations. A very young girl, for example, could well be unaware of or not fully understand the harm that FGM entails [...]. Their fear can nevertheless be considered well-founded since, objectively, FGM is clearly considered as a form of persecution.³⁶⁸

³⁶⁴ MARTUSCELLI, Patricia Nabuco op. cit., 2018, p. 213.

³⁶⁵ ACNUR op. cit., 2009, p. 09.

³⁶⁶ “FGM [female genital mutilation] comprises all procedures involving partial or total removal of the external female genitalia, or other injury to the female genital organs, carried out for traditional, cultural or religious reasons. In other words, the procedure is for non-medical reasons. While the methods by which FGM is carried out vary from country to country and from one cultural, ethnic or religious group to another, the practice has been broadly classified into four main types, namely: (i) partial or total removal of the clitoris and/or the prepuce (clitoridectomy); (ii) partial or total removal of the clitoris and the labia minora, with or without excision of the labia majora (excision); (iii) narrowing of the vaginal orifice with creation of a covering seal by cutting and appositioning the labia minora and/or the labia majora, with or without excision of the clitoris (infibulation); and (iv) all other harmful procedures to the female genitalia for non-medical purposes, for example pricking, piercing, incising, scraping and cauterization.” (ACNUR. **UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation**. Genebra: Acnur, 2009, p. 02.)

³⁶⁷ Ainda, “where a family seeks asylum based on a fear that a female child of the family will be subjected to FGM, the child will normally be the principal applicant, even when accompanied by her parents [...]. Even when very young, the child may still be considered the principal applicant. In such cases, the evolving capacities of the child need to be taken into account and the parent, caregiver or other person representing the child will have to assume a greater role in making sure that all relevant aspects of the child’s claim are presented. The parent could nevertheless be considered the principal applicant where he or she is found to have a claim in his or her own right. [...] Even when the parents have been in the country of asylum for some time, a well founded fear on behalf of the child or because of the parent’s own opposition to FGM can arise upon the birth of a daughter post-flight. The fact that the applicant did not demonstrate this conviction or opinion in the country of origin, nor act upon it, does not itself mean that a fear of persecution is unfounded, as the issue would not necessarily have arisen until then.” (ACNUR. **UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation**. Genebra: Acnur, 2009, p. 08.)

³⁶⁸ ACNUR. **UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation**. Genebra: Acnur, 2009, p. 06.

Nessa linha, crianças albinas também sofrem perseguição em razão de alguns grupos tradicionais acreditarem que partes de seus corpos possuem poderes mágicos³⁶⁹. Em algumas regiões do globo, ainda, crianças podem ser consideradas como praticantes de bruxaria e serem perseguidas por conta disso:

As mais vulneráveis a essa acusação são crianças órfãs, com alguma necessidade especial (autistas, com Síndrome de Down ou de cientes físicas), crianças que estão constantemente doentes, crianças superdotadas ou com algum comportamento anormal. Essas crianças são acusadas de bruxaria por Igrejas e líderes políticos para explicarem situações de crises em seus países. Essas crianças tendem a ser perseguidas, excluídas, discriminadas e mortas em rituais de sacrifício.³⁷⁰

O terceiro arquétipo indicado por Bhabha trata das hipóteses de crianças que possuem um fundado temor de perseguição que, por sua vez, pode não constituir em perseguição para um adulto, porém devido à sensibilidade e vulnerabilidade diferentes das crianças, deve ser considerado como suficiente. As situações que se enquadram nessa categoria incluem a separação do núcleo familiar em decorrência de conflitos armados, guerras civis³⁷¹, tráfico de pessoas, violência em decorrência da atuação de gangues e desabrigo. Nessa ótica, também a violação de um direito econômico, social ou cultural pode remontar à perseguição quando um mínimo desses direitos não é auferido. A negação ao direito a um padrão de vida adequado a uma criança em situação de rua, por exemplo, poderia levar a uma situação intolerável que ameaça seu desenvolvimento e sobrevivência. Da mesma forma, a negação de tratamento médico, particularmente quando a criança em questão sofre de uma doença com risco de vida, pode resultar em perseguição, a qual também pode ser estabelecida por meio do acúmulo de uma série de violações menos graves. É o caso em que crianças com deficiência ou crianças apátridas não têm acesso ao registro de nascimento e, como resultado, são excluídas da educação, da saúde e de outros serviços³⁷².

Conforme Edwards, *“the understanding of the term ‘persecution’ is fundamental to an accurate determination of a particular case, especially in relation to age and gender-specific*

³⁶⁹ Cf. SCHNOEBELEN, Jill. **Witchcraft allegations, refugee protection and human rights: a review of the evidence**. Genebra: Acnur, 2009, p. 14-17. Tais práticas práticas são reputadas comuns em países como Burundi, Tanzânia, Costa do Marfim, República Democrática do Congo, Quênia, Zimbábue e Senegal.

³⁷⁰ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. op. cit., p. 216.

³⁷¹ A autora trata dos contextos gerais, a partir dos quais o conceito clássico de pessoa em situação de refúgio (a pessoa que devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país) é considerado. Nos casos em que considera-se a grave e generalizada violação de direitos humanos como elemento objetivo para a concessão de refúgio, parece correto compreender que o primeiro arquétipo apontado por Bhabha melhor se relaciona com a hipótese.

³⁷² ACNUR. op. cit., 2009, p. 15.

claims”³⁷³. Um dos obstáculos, nessa ordem de ideias, que pode se colocar diante do reconhecimento do status de pessoa refugiada a uma criança é justamente como fazer uma avaliação precisa do fundado temor de perseguição. Em alguns casos, que frequentemente convergem com a perseguição baseada em gênero, as espécies de perseguição são nitidamente identificáveis e, talvez, menos controversas. No limite, os casos de abusos sexuais, mutilação genital feminina e casamento forçado, em geral, são exemplos dessas hipóteses, uma vez que *“in these cases, it is possible to indicate particular human rights provisions in support of the claim”*³⁷⁴. A análise se complexifica quando a perseguição acontece a partir da perspectiva de uma criança, porém não a partir dos olhos de um adulto. Casos em que para estes, determinada ação se trata de assédio ou interferência, enquanto na perspectiva de uma criança pode se configurar em real ameaça.

Cumpra-se notar que uma particularidade complexa que salta aos olhos no caso de crianças refugiadas diz respeito a hipóteses de cláusulas de exclusão. Um dos exemplos típicos é o das crianças soldado. Edwards observa que *“in most cases, children who have committed serious crimes during the course of armed conflict are not only perpetrators of those crimes, but are equally the victims of abuse”*.³⁷⁵ Nesse caso, portanto, na determinação da aplicabilidade ou não de cláusula de exclusão, uma série de fatores deve ser levada em consideração, já que implica diretamente nos motivos que ensejaram sua participação nas atividades de determinado grupo armado. Dentre os exemplos desses múltiplos fatores estão a idade da pessoa no momento de seu envolvimento no grupo armado, suas razões para juntar-se ao grupo — se de forma voluntária ou em legítima defesa de si ou seus familiares, sem perder de vista a linha tênue que, nesses contextos, distingue um ato voluntário de um ato involuntário —, as consequências da recusa em fazer parte do grupo, o período de tempo enquanto membro, o uso forçado de substâncias entorpecentes, o nível de compreensão dos eventos, a situação de trauma, abusos e maus tratos³⁷⁶. Ainda, registra-se que crianças soldados podem juntar-se a grupos armados, visando inclusive sustentar suas famílias economicamente.

³⁷³ EDWARDS, Alice. **Age and Gender Dimensions in International Refugee Law**. In: FELLER, Erika; VOLKER, Turk; NICHOLSON, Frances. *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 65.

³⁷⁴ EDWARDS, Alice. op. cit., p. 65.

³⁷⁵ EDWARDS, Alice. op. cit., p. 75.

³⁷⁶ Ibidem, p. 74.

3.2.2 A percepção de uma categoria jurídica

Frequentemente, definir em uma única categoria a solução jurídica da criança que cruza fronteiras internacionais é tarefa delicada, haja vista suas raízes multidimensionais, fruto de uma combinação complexa de causas e fatores de expulsão que se encontra na intersecção entre migração, refúgio e tráfico³⁷⁷. Nessa linha, Senovilla Hernández aponta que a categoria jurídica das crianças migrantes constitui um bom exemplo das contradições e dos limites à aplicação e eficácia dos Direitos Humanos, uma vez que com ela o elemento da soberania dos Estados é colocado à prova. A migração infantil descortina paradoxos por vezes desconsiderados nas políticas migratórias e em estudos que vislumbram o migrante somente através da figura paradigmática do homem — *do adulto*³⁷⁸.

Até a década de 1990, a temática da migração de crianças — acompanhadas ou não — recebia pouca atenção, seja por parte da doutrina ou dos agentes responsáveis pela elaboração de políticas públicas ao redor do globo. Com algumas exceções, pouco se indagava sobre as razões que as levavam a migrar, sobre quem havia tomado a decisão sobre migrar, sobre seu bem-estar, seus direitos ou futuro. Isso porque à época, muitos estudiosos da infância — do âmbito jurídico, principalmente — encontravam-se absortos em preocupações estritamente relacionadas a outros temas concernentes ao universo infantil, tais como as situações de abuso, de adoção ou de responsabilidade por parte do Estado: “*immigration considerations did not feature as complicating, let alone central, issues for children in need of state protection*”³⁷⁹.

A seu turno, no específico campo da migração, a criança ocupava lugar bastante distante do epicentro dos debates, sendo consideradas apêndices e objetos de posse por parte de outros — seus pais, especialmente:

immigration specialists lacked child-specific competence, both substantively in terms of child welfare law and policy, and procedurally in terms of child-friendly operational guidelines. Where they were not entirely overlooked, decisions about migrant children’s immigration status and rights were generally linked to and driven by adult entitlements and concerns.³⁸⁰

³⁷⁷ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 239.

³⁷⁸ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **O paradoxo da globalização e a migração infantil**: algumas reflexões. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEAGA, Tuíla. (orgs.) Política Migratória e o Paradoxo da Globalização. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 152.

³⁷⁹ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 16.

³⁸⁰ Ibidem, p. 17.

No campo das Relações Internacionais, ainda hoje, as crianças tendem a não ser reconhecidas como atores por conta de sua natureza vulnerável e necessidade de proteção. Nesse campo, novos estudos sobre a infância, entretanto, têm desconstruído a visão tradicional de crianças como seres sem capacidade de participação, consciência e agência, que devem ser protegidos por adultos³⁸¹. A partir da leitura de Enloe, Martuscelli observa que crianças refugiadas seriam invisibilizadas dentro das Relações Internacionais, uma vez que o campo internacional é público e, portanto, pertencente ao domínio adulto, ao passo em que crianças são agentes tradicionais de espaços privados e domésticos, portanto localizadas fora do campo migratório³⁸².

A mudança de cenário, colocando a temática da criança migrante mais próxima às lentes do Direito e dos estudiosos da migração, conforme Bhabha, começou a ter início a partir de dois fatores principais: o aumento do número de crianças migrantes desacompanhas/separadas e a expansão da concepção de criança como sujeito de direitos no plano do Direito Internacional. O primeiro fator, nota Bhabha, chamou a atenção dos Estados por demandar, de forma ambivalente, duas posturas distintas. De um lado, crianças migrantes pareciam necessitar de maior proteção porque encontravam-se em situação de risco e não estavam na companhia de adultos. De outro lado, pareciam ser destinatárias de políticas migratórias punitivistas porque sua presença poderia significar uma forma de ameaça para o *status quo* do Estado de acolhida³⁸³. Com relação à ampliação da concepção da criança como sujeito de direitos no plano do Direito Internacional, Bhabha observa que

by the beginning of the twenty-first century, the chasm between child welfare and immigration experts was starting to close, with a small group of immigration advocates, juvenile justice experts, child welfare specialists, and humanitarian activists directing attention to issues specific to different groups of child migrants.³⁸⁴

A autora observa também que até o advento dessas novas percepções, a atenção dada à criança migrante, especialmente quando separada e desacompanhada, a atrelava, quase que automaticamente, à condição de criança refugiada. Somente então pareceu ficar mais aparente que crianças migrantes separadas ou desacompanhadas não necessariamente pertenciam à categoria do refúgio, mas traduziam-se em migrantes levados a cruzar fronteiras

³⁸¹ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. op. cit., 2018, p. 203.

³⁸² Ibidem, p. 204.

³⁸³ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 17.

³⁸⁴ Ibidem, p. 18.

internacionais em razão de um conjunto de fatores complexos, por muitas vezes desvinculados de qualquer temor de perseguição³⁸⁵.

O reflexo da visibilidade ao tema deu-se inclusive no plano lexical. Bhabha observa que na França, onde vários adolescentes migrantes originários do norte da África e do leste europeu chegaram no início do século XXI, as terminologias [crianças] “*desacompanhadas*” e “*separadas*” que eram traduzidas como “*jeunes errants*” (“juventude errante”), passaram a ser vertidas para “*crianças em deslocamento*” (“*children on the move*”). Essa mudança do emprego de vocabulário espelhou, em verdade, na concepção de que as crianças deslocam-se em busca de elementos e direitos básicos ausentes em seus países de origem, tais como segurança e subsistência. Nesse sentido, “*the dichotomy between forced and economic migration was giving way to an acknowledgment, for children too, of the reality of mixed migration*”³⁸⁶. Mais recentemente propõe-se, ainda, a concepção de crianças migrantes “*solitárias*” (“*lone*”) ou “*independentes*” (“*independent*”), que sugerem que o escrutínio da migração de crianças precisa levar em consideração sua autonomia e a compreensão de que muitas crianças migrantes, ao contrário do que dita o senso comum, não estão à espera de resgate, onde suas capacidades são desconsideradas³⁸⁷.

Nessa ordem de ideias, Bhabha observa que os ordenamentos jurídicos nacionais e internacional — em nível global e regional — no que diz respeito à temática das crianças migrantes vinculam-se invariavelmente a três abordagens. A primeira abordagem identificada pela autora é a abordagem baseada em um viés punitivista e criminalizante³⁸⁸:

in its contemporary form, it includes conventions criminalizing trafficking in persons, including children, though not trafficked persons. It is based on a dichotomy between criminal traffickers and victim trafficked persons. This approach focuses on penalizing and preventing exploitative child migration. It is, by definition, inhibitory rather than facilitatory³⁸⁹.

³⁸⁵ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 20.

³⁸⁶ Ibidem, p. 21.

³⁸⁷ Nesse sentido: “The large-scale absconding from state shelters by children “rescued” from traffickers (discussed in chapter 4) or from a life on the streets is evidence of this dynamic. This population of child migrants requires nonpaternalistic support and advice to enable them to realize the rights guaranteed to them by international law, including the rights to freedom from inhumane or degrading treatment; to basic education; to adequate health care, welfare support, and shelter. Above all, young migrants need to be listened to, and given a voice with which to articulate their concerns and hopes. Legal protections related to migration status need to be coupled with child welfare investments related to social and economic rights.” (BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 24.)

³⁸⁸ “One approach is punitive and criminalizing, the oldest strain in migration legislation, dating back to prohibition of the so-called ‘white slave trade’ in the nineteenth century.” (BHABHA, Jacqueline. **Independent Children, Inconsistent Adults: International Child Migration and the Legal Framework**. Innocenti Discussion Paper no. IDP 2008-02. Florence: UNICEF-IRC, 2008, p. 01.)

³⁸⁹ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2008, p. 01.

Uma abordagem exclusivamente punitivista possui o ônus de dificultar a realização a longo prazo dos direitos humanos e das oportunidades para as crianças migrantes e frustrar os planos ativamente escolhidos, que consideram as melhores opções disponíveis. A classificação automática da criança enquanto vítima de tráfico internacional de pessoas pode levar a obstáculos migratórios para a criança na fronteira, uma vez que o retorno ao seu Estado de origem pode ser o primeiro e único esforço empregado, embora não o mais adequado, por exemplo. Nesse sentido, Bhabha observa que o processo de criminalização do tráfico também pode vir a confrontar com a proteção a ser conferida à criança com opções perigosas: *“in some countries, access to protection is conditional on the agreement of the child to testify against the trafficker in court, a strategy which can backfire on relatives and be detrimental and/or dangerous for the child”*³⁹⁰.

A segunda abordagem destacada pela autora é a da regulamentação, a partir da qual se estabelece os parâmetros jurídicos para a migração, incluindo a migração de crianças. Essa abordagem, de acordo com Bhabha, se baseia na noção de que as crianças são dependentes da família e que não possuem agência autônoma³⁹¹, uma vez que assim a criança é vista, pelas lentes do Direito, exclusivamente *em relação* a seus pais. Nesse sentido, por exemplo, *“family reunion depends on proof of the parent-child relationship, and of the child’s dependence. It takes place around parents, not children”*³⁹². Como consequência, muitas crianças que cruzam sozinhas fronteiras internacionais se encaixam imperfeitamente no modelo pré-estabelecido, levando-as a um status de irregularidade.

A terceira abordagem indicada por Bhabha é a protetiva, *“the most recent human rights related strain”*³⁹³. Essa abordagem abarca normas de Direito Internacional direcionadas à proteção de grupos específicos, como é o caso de pessoas em situação de refúgio, trabalhadores migrantes e suas famílias, crianças vítimas de trabalho forçado. Nesse sentido:

despite the absence of comprehensive legislation, there is now a body of international standards including both the Convention on the Rights of the Child (CRC) but also some ‘soft law’ measures which directly address child migration³⁹⁴.

³⁹⁰ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2008, p. 01.

³⁹¹ Idem.

³⁹² Idem.

³⁹³ Idem.

³⁹⁴ Idem.

Ora, assim como os adultos, crianças cruzam fronteiras internacionais por razões diversas. As crianças em situação de refúgio podem fazê-lo na tentativa de escapar de conflitos armados, segregações étnicas, discriminação por motivos de religião ou abusos e violências individualizadas. Outras crianças saem de seus países de origem por conta da indigência, do desemprego e de instabilidades no seio da comunidade. Na maioria dos casos, *“the young migrants aspire to a future that is more secure and rights respecting than the past they left behind.”*³⁹⁵ Em que pese não haja como se determinar com precisão o contingente de crianças que migram sozinhas à procura de melhores oportunidades de vida — nas esferas acadêmica ou laboral, por exemplo — estima-se que o número seja indubitavelmente significativo e crescente³⁹⁶.

A despeito de diferenças demográficas e culturais, muitas crianças migrantes compartilham de riscos comuns. A menoridade, a alienação e invariavelmente seu status migratório irregular, são exemplos de aspectos que contribuem para uma experiência de marginalização e insegurança psicológica. Especialmente no caso das crianças em situação migratória irregular, esses efeitos nefastos se agravam: *“unlike other young people their age, this population fears all contacts with state authorities, not just with the law-enforcement branches. An illness can precipitate a crisis about access to public services and the risks of being discovered”*.³⁹⁷

Não obstante os motivos potencialmente comuns aos dos adultos que levam uma criança a migrar sozinha, os paradoxos outrora apontados na intersecção dos fenômenos da globalização e da migração refletem no contexto migratório de crianças de forma particular. Martuscelli observa que o controle de fronteiras e a criminalização das migrações fazem com que muitas crianças percam seus pais na tentativa de realizar a travessia de uma ou mais fronteiras internacionais. Outras tantas têm o convívio com seus genitores impedido porque estes se encontram em situação irregular alhures e de lá não podem sair para rever seus filhos sob pena de não lograrem retornar ao país de residência. Crianças quando decidem migrar por conta própria podem ser tidas como *“indesejadas”* e deportadas por serem vistas como um possível ônus para os Estados de destino³⁹⁸.

³⁹⁵ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2008, p. 01.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 244.

³⁹⁸ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. op. cit., 2015, p. 156.

4 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA CRIANÇA MIGRANTE: DESAFIOS E LIÇÕES DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

4.1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA CRIANÇA ENQUANTO CRIANÇA

*“(...) Escapavam às batalhas
e deixavam a dor para trás,
desejavam só descanso
num país cheio de paz. (...)”³⁹⁹*

4.1.1 Sob os ditames da Convenção sobre os Direitos das Crianças: a proteção internacional à criança

Dolinger aponta que as iniciativas expressas em prol da proteção internacional à criança⁴⁰⁰ tiveram início com a Convenção aprovada pela Conferência Internacional do Trabalho de 1919 — que adotou idade mínima para o trabalho, preservando por assim dizer o momento da infância — e, em seguida, pela Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, adotada pela Liga das Nações, em 1921. Posteriormente, deram-se início aos trabalhos preparatórios direcionados à elaboração de um documento de caráter amplo e genérico com relação à criança.

A Declaração sobre o Direito das Crianças (1924), adotada pela quinta Assembleia da Liga das Nações, nesse sentido, foi o primeiro instrumento de direitos humanos adotado por um organismo inter-governamental. Em linhas gerais, a Declaração garantia o direito da criança de gozar dos meios necessários para seu desenvolvimento, o direito à saúde — física e mental — a prioridade do atendimento à criança em situação de calamidade e a proteção contra quaisquer formas de exploração. A despeito de suas significativas limitações, particularmente no sentido de considerar a criança como um objeto e não propriamente como sujeito de direitos no plano internacional, Van Beuren observa que a Convenção, para além de relevante, teve seus méritos:

firstly, the Declaration established internationally the concept of the rights of the child, thereby laying the foundations for future international standard setting in the

³⁹⁹ BRECHT, Berthold. **A cruzada das crianças**. São Paulo: Pulo do Gato, 2014.

⁴⁰⁰ Instrumentos de proteção internacional aos Direitos Humanos anteriores fizeram também referências a alguns direitos das crianças, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), e das Convenções Africana, Americana e Europeia de Direitos Humanos.

field of children's rights. Secondly, the Declaration is significant because it illuminates as a fallacy the contention that the international rights of the child is a new development in international human rights law.⁴⁰¹

No mesmo sentido, a autora observa que a Declaração é também evidência de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não se deu exclusivamente nos âmbitos dos direitos civis e políticos — ainda, demonstra que compreender esses direitos como de primeira geração e os econômicos, sociais e culturais como de segunda geração, é equivocado⁴⁰².

Após a dissolução da Liga das Nações, a possibilidade de redação de uma declaração substitutiva e mais vinculante que a de 1924 passou a ser debatida. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração sobre os Direitos da Criança, de 1959, consistiu em um preâmbulo e dez princípios. De forma geral, os princípios enalteciam os direitos estabelecidos na Declaração visando a todas as crianças, sem discriminação; bem como o direito de a criança gozar de proteção especial tendo em vista seu processo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, respeitadas sua liberdade e dignidade; o direito de toda criança possuir um nome e uma nacionalidade, seguridade social, nutrição adequada, habitação, recreação, acesso a serviços médicos; a proteção contra qualquer forma de negligência, crueldade e exploração⁴⁰³. A Declaração de 1959, nesse sentido, ainda contemplava o princípio de que as crianças gozam de proteção especial, que lhes deve ser conferida à luz do princípio do melhor interesse. Van Buuren observa que, não mais compreendendo a criança como um objeto para o Direito Internacional, mas como um sujeito, *“the Declaration (...) represent great progress in the conceptual thinking of children's rights (...) the 1959 Declaration, in comparison to its 1924 predecessor, adopts the language of entitlement”*⁴⁰⁴.

Anos mais tarde, as Nações Unidas adotaram a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁴⁰⁵, tratado internacional de Direitos Humanos assinado e ratificado por quase todos

⁴⁰¹ VAN BUEREN, Geraldine. **The International Law on the Rights of the Child**. Haia: Martinus Nijhoff, 1998, p. 08.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ JACOB, Dolinger. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

⁴⁰⁴ VAN BUEREN, Geraldine. op. cit., p. 12.

⁴⁰⁵ Assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990. Aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de setembro de 1990. Ratificada em 24 de setembro de 1990. Entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 23 de outubro de 1990 e foi promulgada por meio do Decreto Legislativo n. 99.710, em 21 de novembro de 1990.

os Estados da comunidade internacional⁴⁰⁶. Desde então, a Convenção, em termos gerais, tem consolidado e consagrado no Direito Internacional a proteção à criança, de forma que o dispositivo, além de difundir o conceito dos direitos das crianças no plano internacional, ainda funciona como facilitador a outros instrumentos de proteção internacional, seja nos planos global ou regional. O propósito central da Convenção sobre os Direitos das Crianças é a salvaguarda do bem-estar da criança a partir da proteção de seus direitos. Nesse sentido, os Estados-Parte da Convenção encontram-se juridicamente vinculados ao seu conteúdo, o que lhes estabelece, inclusive, standards para a internalização, em seus respectivos ordenamentos jurídicos, da proteção à criança⁴⁰⁷.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças está preocupada com quatro premissas centrais: a participação da criança em decisões que lhe digam respeito; a proteção da criança contra a discriminação e todas as formas de negligência e exploração; a prevenção contra maus tratos e a provisão de assistência diante de suas necessidades básicas. Van Beuren observa que: *“The breakdown of the Convention in this way is useful, as, in addition to making the treaty easy to explain and digest for both children and adults [...] it points to the four complementary principal approaches to children’s rights.”*⁴⁰⁸ A autora nota que *“it is not a question of prevention and protection or participation, or of children’s salvation or children’s liberation: all are equally necessary when applied appropriately. Nor is it a choice between participation and provision [...]”*⁴⁰⁹.

Ramos observa que a Convenção sobre os Direitos das Crianças leva em conta o direito de que as pessoas, na infância, recebam cuidados e assistência especiais, em virtude da falta de maturidade física e mental, conforme reconheceu a DUDH, bem como as precedentes Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, Declaração dos Direitos da Criança e os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assim, o autor aponta que *“embora outros diplomas internacionais também confirmem proteção às crianças, a Convenção sistematizou não só direitos civis e políticos, mas também econômicos, sociais e culturais em um só texto, voltado especificamente para sua proteção”*⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Os Estados Unidos não somente assinaram a Convenção Sobre os Direitos das Crianças, porém não ratificaram-na.

⁴⁰⁷ KALVERBOER, Margrite; BELTMAN, Daan; VAN OS, Carla; ZIJLSTRA, Elianne. **The Best Interests of the Child in Cases of Migration:** Assessing and Determining the Best Interest of the Child in Migration Procedures. *In: International Journal of Children’s Rights*, p. 116.

⁴⁰⁸ VAN BUEREN, Geraldine. op. cit., p. 15.

⁴⁰⁹ Idem.

⁴¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 195.

Importa notar, ainda, que a Convenção sobre os Direitos das Crianças determina, conforme outrora observado, a consideração do melhor interesse da criança. Objetivamente, de acordo com a Convenção, o melhor interesse deve ser levado em consideração em todas as ações relativas às crianças, seja por parte de autoridades administrativas ou órgãos legislativos. De acordo com essa diretriz fundamental, impõe-se assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando-se em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas por ela responsáveis perante a lei.

Van Beuren pontua que a Convenção abrange a totalidade da gama de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e, nesse sentido,

it is unusual among human rights treaties because it is not only concerned with the granting and implementing of rights in times of peace, but is also concerned with the regulation of armed conflicts as they affect children as civilians and combatants⁴¹¹.

Assim, uma análise do texto da Convenção revela cinco objetivos principais: i) a afirmação de uma nova categoria de direitos dentro do Direito Internacional; ii) a consolidação de direitos no âmbito de um instrumento de proteção global; iii) a criação de parâmetros vinculantes em âmbitos que, até a entrada em vigor da Convenção, tratavam-se de recomendações não vinculantes; iv) a imposição de novas obrigações com relação à proteção da criança — o que inclui a obrigação de um Estado em proibir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança, por exemplo; v) a menção expressa à vedação à discriminação contra a criança.

A supervisão da implementação da Convenção sobre os Direitos das Crianças ficou a cargo, no âmbito das Nações Unidas, do Comitê sobre os Direitos das Crianças. Nesse sentido, as principais tarefas do Comitê consistem no monitoramento da implementação das normas estabelecidas no bojo da Convenção sobre os Direitos das Crianças, emitindo recomendações acerca do cumprimento por parte dos Estados Parte, recebendo petições individuais relativas à violação dos direitos constantes do instrumento de proteção e redigindo comentários contendo explicações pormenorizadas acerca dos dispositivos constantes do instrumento.

A proteção internacional à criança no âmbito regional americano também deve ser brevemente examinada⁴¹². No contexto americano, a Convenção Americana sobre Direitos

⁴¹¹ VAN BUEREN, Geraldine. op. cit., p. 16.

⁴¹² Van Beuren destaca também os esforços empenhados nos continentes africano e europeu. Naquele, destaca que a OUA foi a primeira organização regional a adotar um instrumento vinculante focado exclusivamente nos

Humanos (CADH), de 1969⁴¹³, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), contempla um artigo específico voltado aos direitos da criança. No campo contencioso, crianças que sofreram violações de direitos por conta de ações provenientes dos Estados e direcionadas a seus pais já foram compensadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos — o paradigmático caso *Velasquez Rodriguez*⁴¹⁴, nesse sentido, é exemplo disso. A OEA também adotou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador)⁴¹⁵ que, dentre outras garantias, proíbe a execução de trabalho degradante para menores de 18 anos, reitera o acesso à educação e incorpora o princípio da não separação da criança de seus pais.

A proteção internacional à criança, portanto, ganhou espaço em meio à coleção de diplomas legais que visam garantir e uniformizar o tratamento protetor das crianças⁴¹⁶. Dolinger destaca que como os instrumentos “*concedem à criança a qualidade de sujeitos de direito no plano internacional, consubstanciam uma manifestação de direito internacional público, nas suas vertentes de direitos humanos e direito humanitário*”⁴¹⁷.

4.1.1.1 Esforços para a proteção internacional da criança migrante separada e desacompanhada

Em que pese a existência de um aparato normativo de proteção internacional à criança e um arcabouço internacional construído para a proteção da pessoa migrante —

direitos das crianças, a Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança (ANO). No âmbito europeu, a autora observa que a Convenção Europeia sobre os Direitos Humanos “*has proved itself to be a valuable instrument for children*”. (VAN BUEREN, Geraldine. op. cit., p. 22.) Importa notar que no contexto africano, a Carta de Banjul figura como um dos instrumentos regionais mais recentes em vigor. Nesse sentido: “The Banjul Charter enshrines both civil and political, social and cultural rights. It is concerned both with the rights of individuals and peoples. The emphasis of the Banjul Charter in relation to children, reflecting African customary law, is on the rights of the family and of the duties towards the family rather than on the rights and duties of individual members of the family.” (VAN BUEREN, Geraldine op. cit., p. 24)

⁴¹³ Incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

⁴¹⁴ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 29 de Julho de 1988. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentença de 29 de Julho de 1988 (mérito). San José, 29 jul. 1988.

⁴¹⁵ Incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 2.754, de 27 de agosto de 1992.

⁴¹⁶ Van Bueren conclui que: “[...] the history of the international law on the rights of the child is a curious tale. Children’s rights were the first to be protected by an international clarion call, and yet little appeared to change. A silence fell over the rights of the child lasting half a century, interrupted only briefly by the 1959 Declaration. Neither of the two Declaration had the impact of the Universal Declaration of Human Rights. [...] It was only in the later half of the seventies that children began to shed their diplomatic cloak of invisibility. The change appears to have been prompted less by reflections on the moral rights of children and more by the real political belief that the promotion and protection of children’s rights was less divisive than other issues on the diplomatic agenda. [...] children’s rights are now reflected in binding international legislation implies that the treatment of children by governments is no longer simply a matter of domestic concern.” VAN BUEREN, Geraldine. **The International Law on the Rights of the Child**. Haia: Martinus Nijhoff, 1998, p. 25.

⁴¹⁷ JACOB, Dolinger. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

especialmente em situação de refúgio — não há instrumento específico hábil a proteger a criança migrante separada e desacompanhada. Em linhas gerais, a Convenção sobre os Direitos das Crianças⁴¹⁸ tutela a criança em situação de refúgio estabelecendo que os Estados Parte devem adotar medidas que visem a assegurar que a criança, sozinha ou acompanhada, receba a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir de seus direitos humanos. Nesse sentido, no caso das crianças refugiadas separadas e desacompanhadas, o instrumento estabelece que os Estados devem cooperar, em esforço conjunto com as Nações Unidas e organizações inter-governamentais e não-governamentais, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família, a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião familiar. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo.

Diante desse cenário, em momentos distintos, manifestaram-se o Comitê sobre os Direitos das Crianças⁴¹⁹ e Corte Interamericana de Direitos Humanos⁴²⁰, estabelecendo, de forma geral, alguns parâmetros mínimos a serem observados: crianças separadas e desacompanhadas não podem ter acesso ao país de acolhida rejeitado; por conta de sua vulnerabilidade, às solicitações de refúgio realizadas por crianças devem ser dadas prioridade; crianças desacompanhadas devem estar legalmente representadas por um adulto que esteja

⁴¹⁸ “Children are entitled to a range of child-specific rights set forth in the CRC which recognize their young age and dependency and are fundamental to their protection, development and survival. These rights include, but are not limited to, the following: the right not to be separated from parents (Article 9); protection from all forms of physical and mental violence, abuse, neglect, and exploitation (Article 19); protection from traditional practices prejudicial to the health of children (Article 24); a standard of living adequate for the child’s development (Article 27); the right not to be detained or imprisoned unless as a measure of last resort (Article 37); and protection from under-age recruitment (Article 38). The CRC also recognizes the right of refugee children and children seeking refugee status to appropriate protection and humanitarian assistance in the enjoyment of applicable rights set forth in the CRC and in other international human rights or humanitarian instruments (Article 22).” (ACNUR. **Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Acnur, 2009, p. 08.)

⁴¹⁹ Cf. COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, **General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin**, 2005, CRC/GC/2005/6. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>.

⁴²⁰ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC- 21/2014**, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e Garantias de Crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: <http://www.Corte Interamericana de Derechos Humanos.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>

familiarizado com o background da criança; entrevistas devem ser conduzidas por profissionais devidamente treinados para tanto⁴²¹.

O Comitê dos Direitos das Crianças, em seu Comentário Geral n. 06, reconheceu que crianças são muitas vezes discriminadas e tem negado o acesso a direitos mais fundamentais, tais como alimentação, moradia, saúde e educação, sendo que meninas desacompanhadas ou separadas de suas famílias encontram-se em risco ainda mais particular, já que calcado também em gênero, o que abarca, dentre outros, o perigo de sofrer violência doméstica. Em algumas situações, tais crianças não têm acesso à identificação, registro, documentação e guarda apropriados. Isso quando ainda não são impedidas de cruzar fronteiras e detidas⁴²². O Comentário Geral aplica-se a todas as crianças separadas ou desacompanhadas que se encontram fora de seu país de nacionalidade ou residência habitual, a despeito de seu status migratório. Do mesmo modo, as obrigações se aplicam a todas as esferas do poder público (executivo, legislativo e judiciário), que deve manifestá-las seja de forma positiva, ou de forma negativa: *"exigindo aos Estados não apenas que se abstenham de medidas que infrinjam os direitos dessas crianças, mas também que tomem medidas para assegurar o gozo desses direitos sem discriminação"*⁴²³.

O Comitê salientou a importância da aplicação dos princípios da não-discriminação, do melhor interesse da criança, do direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, do direito de a criança expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos a ela relacionados e do *non-refoulement*. Relativamente ao princípio do melhor interesse, ressaltou que a compreensão do que efetivamente se constitui no melhor interesse de uma criança importa em perscrutada avaliação de elementos tais quais sua nacionalidade, educação, etnia, experiências

⁴²¹ EDWARDS, Alice. **Age and Gender Dimensions in International Refugee Law**. In: FELLER, Erika; VOLKER, Turk; NICHOLSON, Frances. *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 78.

⁴²² "The issuing of the general comment is further motivated by the Committee's identification of a number of protection gaps in the treatment of such children, including the following: unaccompanied and separated children face greater risks of, inter alia, sexual exploitation and abuse, military recruitment, child labour (including for their foster families) and detention. They are often discriminated against and denied access to food, shelter, housing, health services and education. Unaccompanied and separated girls are at particular risk of gender-based violence, including domestic violence. In some situations, such children have no access to proper and appropriate identification, registration, age assessment, documentation, family tracing, guardianship systems or legal advice. In many countries, unaccompanied and separated children are routinely denied entry to or detained by border or immigration officials. In other cases they are admitted but are denied access to asylum procedures or their asylum claims are not handled in an age and gender-sensitive manner. Some countries prohibit separated children who are recognized as refugees from applying for family reunification; others permit reunification but impose conditions so restrictive as to make it virtually impossible to achieve. Many such children are granted only temporary status, which ends when they turn 18, and there are few effective return programmes." (Idem.)

⁴²³ Livre tradução da autora: "[...] requiring States not only to refrain from measures infringing on such children's rights, but also to take measures to ensure the enjoyment of these rights without discrimination." (Ibidem, p. 07.)

sociais e linguísticas, vulnerabilidades e necessidades particulares, de forma que as avaliações devem ser realizadas em uma atmosfera amigável e segura, por profissionais qualificados, sensíveis às necessidades e demandas de cada criança⁴²⁴. Atos subsequentes, tais quais a designação de guardiões, nessa ótica, devem ser tomados o mais rápido possível⁴²⁵.

Em resposta às necessidades particulares das crianças, o Comitê sublinhou standards de proteção, dentre outros, relativos aos procedimentos iniciais (de chegada e acolhimento), à designação de um guardião ou tutor legal, à acomodação, ao acesso à educação, ao direito a uma forma digna de vida, ao direito à saúde, à prevenção ao tráfico de menores, ao abuso sexual e à prevenção à privação de liberdade.

A seu turno, Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitada pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, para que determinasse com maior precisão as obrigações dos Estados atinentes às medidas a serem adotadas a respeito de meninas e meninos, associadas à sua condição migratória, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Declaração Interamericana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, emitiu, em 2014, Parecer Consultivo a partir do qual reconheceu a multiplicidade e complexidade de fatores que levam à migração internacional, o que, em se tratando de crianças, enseja uma proteção (internacional) mais detida. Considerando sua jurisprudência consultiva e contenciosa⁴²⁶, o Tribunal pontuou que no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias, podem os Estados, desde que em cotejo com as normas de direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana,

⁴²⁴ A determination of what is in the best interests of the child requires a clear and comprehensive assessment of the child's identity, including her or his nationality, upbringing, ethnic, cultural and linguistic background, particular vulnerabilities and protection needs. Consequently, allowing the child access to the territory is a prerequisite to this initial assessment process. The assessment process should be carried out in a friendly and safe atmosphere by qualified professionals who are trained in age and gender-sensitive interviewing techniques. (Ibidem, p. 09.)

⁴²⁵ “[...] subsequent steps, such as the appointment of a competent guardian as expeditiously as possible, serves as a key procedural safeguard to ensure respect for the best interests of an unaccompanied or separated child. Therefore, such a child should only be referred to asylum or other procedures after the appointment of a guardian. In cases where separated or unaccompanied children are referred to asylum procedures or other administrative or judicial proceedings, they should also be provided with a legal representative in addition to a guardian. (Idem.)

⁴²⁶ Nesse sentido: “Em suma, ao dar resposta à presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, guiada pelas normas que governam sua competência consultiva e realiza a análise estritamente jurídica das questões que lhe foram propostas, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em consideração as fontes de Direito Internacional relevantes. A esse respeito, corresponde precisar que o corpus iuris do Direito Internacional dos Direitos Humanos composto de uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou refletidas no Direito Internacional Consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como Direito, bem como dos princípios gerais de direito e de um conjunto de normas de caráter geral ou de soft law, que servem como guia de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão os conteúdos mínimos determinados convencionalmente.” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 22.)

estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída do seu território de pessoas que não sejam seus nacionais⁴²⁷. Em que pese possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos por tais políticas devem respeitar a necessidade de se adotar um enfoque de direitos humanos e com “*respeito às necessidades de proteção internacional, assumindo a inter-relação e convergência entre estes diferentes ramos do Direito Internacional*”⁴²⁸, levando-se ainda em consideração tratar-se a temática de crianças, que ensejam proteção e garantia de seus direitos de forma integral.

O Tribunal reiterou que os Estados, ao elaborar e implementar suas políticas migratórias, devem priorizar um enfoque que leve em consideração os direitos das crianças de forma transversal, sua proteção e seu desenvolvimento integral que devem prevalecer sobre qualquer status migratório⁴²⁹. Devem os Estados, consoante o parecer, identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições, avaliando assim as condições particulares de cada uma – se se tratam de apátridas ou se estão desacompanhadas, por exemplo.

4.1.2 Inconsistências do aparato normativo: os desafios e as práticas do momento de identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhadas

O tratamento jurídico dispensado às crianças migrantes separadas e desacompanhadas geralmente se articula ao redor de três momentos chave: a identificação inicial, a proteção/suporte e a determinação de uma solução duradoura⁴³⁰. Sobre o momento da identificação inicial, que interessa particularmente ao presente trabalho, Senovilla Hernández observa que, quando de sua chegada aos países de destino, crianças costuma ser submetidas a uma série de práticas que podem impedir o reconhecimento de seu status migratório e, por conseguinte, sua proteção a partir de sua ontologia⁴³¹. Nesse sentido, à revés do aparato normativo de proteção e das recomendações emitidas tanto por parte do Comitê sobre os Direitos das Crianças e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, algumas práticas como a privação de liberdade logo após sua chegada, a contestação de sua idade, o óbice no reconhecimento de sua situação de isolamento, os embaraços na designação de tutores ou

⁴²⁷ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 15.

⁴²⁸ Ibidem, p. 16.

⁴²⁹ Ibidem, p. 25.

⁴³⁰ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla op. cit., p. 22.

⁴³¹ Ibidem, p. 23.

guardiões e o procedimento inadequado de realização de entrevista para a concessão de determinado status migratório são deliberadamente utilizadas ao redor do globo.

No que diz respeito às detenções, *“there is no dispute that, as a matter of law, detention of children is to be a last resort, an option used as sparingly and humanely as possible. In practice however this is frequently not the case.”*⁴³² A Convenção sobre os Direitos das Crianças, nesse sentido, não autoriza a privação de liberdade, a não ser em último recurso e pelo menor período possível⁴³³. Somente nos casos excepcionais de menores submetidos à detenção, além de garantirem-se os direitos ao amplo acesso à justiça e ao devido processo legal, deve ser garantido que permaneçam separados dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário ao seu melhor interesse, e têm direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais⁴³⁴. A prática internacional, revela, entretanto, que *“la dimension internationale caractérisant le traitement protecteur de notre catégorie se voit – par le biais de cette pratique répandue dans de nombreux contextes nationaux – clairement bafouée”*⁴³⁵.

Ao apresentarem-se às autoridades migratórias, as crianças migrantes podem declarar-se como tal e instruir sua declaração através da apresentação de documentos de identidade tais quais seu passaporte, sua cédula de identidade ou sua certidão de nascimento, por exemplo. Ao redor do globo, independentemente de possuírem um documento de identidade, entretanto, as crianças estão sujeitas a um ou mais exames pelas autoridades para determinar sua idade⁴³⁶.

Conforme analisa Senovilla Hernández, um dos métodos para a determinação da idade mais comuns consiste na radiografia do pulso esquerdo da criança: os resultados são comparados à uma escala padrão de desenvolvimento ósseo por amostragem. Eventualmente, o exame é complementado com exames de desenvolvimento dentário e de puberdade⁴³⁷. Exames dessa sorte são, evidentemente, inexatos e dúbios. O autor observa que a

⁴³² BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 409.

⁴³³ “[Art. 37] b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;”

⁴³⁴ “[Art. 37] c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.”

⁴³⁵ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla op. cit., p. 24.

⁴³⁶ Idem.

⁴³⁷ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 24.

confiabilidade desse tipo de exame, e sobretudo, sua relevância na determinação da idade de uma população com estilos de vida, dieta, meio ambiente e condições de desenvolvimento altamente diversificadas, é questionada pela comunidade científica⁴³⁸. Ainda, Senovilla Hernández aponta que o exame de idade óssea não permite distinguir precisamente um jovem entre as idades de 16 e 18 anos, por exemplo⁴³⁹. A contestação da idade declarada pelas crianças é uma prática generalizada, especialmente no contexto europeu. O questionamento da menoridade implica automaticamente em uma exclusão definitiva dos indivíduos que são considerados maiores pelas autoridades e que, portanto, não podem se beneficiar da proteção devida à criança⁴⁴⁰.

Quando a menoridade é reconhecida, outro elemento do processo de identificação que é suscetível de ser contestado ou, em muitos casos, instrumentalizado pelas autoridades migratórias, é aquele relacionado à consideração de que a criança cruzou sozinha a fronteira internacional, “*condition qui ouvre l’application du droit de protection de l’enfance pour les mineurs en situation de danger ou de délaissement*”⁴⁴¹. No que diz respeito à designação de uma pessoa responsável, a ausência do acesso direto à tutela efetiva e representação jurídica para crianças migrantes desacompanhadas invisibilizam seu direito à um tratamento específico e obscurece o reconhecimento de sua proteção⁴⁴².

Esses exemplos revelam, inequivocamente, a adoção de uma abordagem inconsistente e ambivalente, que enfraquece a proteção conferida à criança migrante e as oportunidades que esses sujeitos têm para avançar construtivamente em suas vidas⁴⁴³. Ora, “*positive international human-rights law encompasses all children within its normative framework*”⁴⁴⁴. Os mecanismos de proteção à criança, para sua aplicação, não exigem idade mínima, ou critério *a priori* de desenvolvimento mental, nacionalidade ou regularidade migratória, de forma que “*undocumented and noncitizen minors seem to clearly fall within the scope of universal protection as do children of undocumented parents*”⁴⁴⁵.

⁴³⁸ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 24.

⁴³⁹ Nesse sentido, a partir de suas análises empíricas, “si logiquement la plupart des mineurs concernés par une contestation de leur minorité sont ceux qui se trouvent dans la tranche d’âge seize-dix-huit ans, lors de récentes enquêtes de terrain réalisées en France nous avons pu constater que des mineurs dont l’apparence physique «semblait» confirmer leur minorité ont été déclarés majeurs suite à la pratique d’un test osseux et alors qu’ils étaient porteurs de documents d’identité.” (HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 24.)

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 25.

⁴⁴² BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 412.

⁴⁴³ Ibidem, p. 408.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 404.

⁴⁴⁵ BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 405.

Visando à efetivação dos standards de proteção à criança e à minimização de inconsistências e ambivalências, o ACNUR⁴⁴⁶, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁴⁴⁷, e o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM)⁴⁴⁸, elaboram algumas diretrizes, cada qual a partir de sua *expertise*, para lançar luz à práticas aplicáveis ao estabelecimento de critérios e ações para a adequada identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhadas e sua correlata necessidade de proteção internacional.

As diretrizes do ACNUR, seguindo o mandato do organismo, dedicam-se especificamente a procedimentos que envolvam crianças refugiadas não acompanhadas e sublinham que, frequentemente, crianças desacompanhadas de seus pais ou responsáveis têm/tiveram pouca ou praticamente nenhuma participação na decisão que as fez migrar, o que lhes aumenta ainda mais sua carga de vulnerabilidade⁴⁴⁹.

No que concerne à identificação e às primeiras medidas adotadas quando da chegada de uma criança desacompanhada,

o próximo curso de ação deve ser o de estabelecer se a criança está realmente procurando refúgio no país. Se isso assim for confirmado, todos os esforços devem ser tomados para processar o exame do seu pedido de forma expedita e tão apropriada (à criança) quanto possível.⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ Cf. ACNUR. **Guidelines on Refugee Children**, Genebra: Acnur, 1988; ACNUR. **UNHCR Policy on Refugee Children**. Genebra: Acnur, 1993; ACNUR. **Refugee Children: Guidelines on Protection and Care**, Genebra, 1994; ACNUR. **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum**. Genebra: Acnur, 1997; ACNUR. **Summary Note on UNHCR's Strategy and Activities Concerning Refugee Children**. Genebra: Acnur, 2002; ACNUR. **Conclusion on Women and Girls at Risk No. 105**. Genebra: Acnur, 2006; ACNUR. **Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII)**. Genebra: Acnur, 2007; ACNUR. **UNHCR Accountability Framework for Age, Gender and Diversity Mainstreaming**. Genebra: Acnur, 2007; ACNUR. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**. Genebra, 2008; ACNUR. **UNHCR Handbook for the Protection of Women and Girls**. Genebra: Acnur, 2008; ACNUR. **Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Acnur, 2009; ACNUR. **A Framework for the Protection of Children**. Genebra: Acnur, 2012.

⁴⁴⁷ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Inter-agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children**. Genebra: Central Tracing Agency and Protection Division, 2004

⁴⁴⁸ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL; ORGANIZAÇÃO PARA AS MIGRAÇÕES. **Iniciativas regionales para la identificacion y atencion de niños, niñas, y adolescentes migrantes**. Assunção, 2016. Disponível em: <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ROBUE-OIM%2025%20%2831%29.pdf>>. Acesso em 30 de out. 2017.

⁴⁴⁹ ACNUR. **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum**. Genebra: UNHCR, 1997, p. 04. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html>> Acesso em: 14 maio 2016.

⁴⁵⁰ Livre tradução da autora: “The next course of action should be to establish whether the child is indeed seeking asylum in the country. If it is confirmed that the child is an asylum seeker, every effort should be made to process the examination of his/her claim as expeditiously and as child-appropriate as possible.” (ACNUR, op. cit., 1997. p. 06.)

O ACNUR observa que o registro dessas crianças deve ser feito por meio de entrevistas – a partir das quais se coleta, dentre outros dados, informações sobre o histórico social da criança, idade, informações acerca de seus familiares e circunstâncias em que fora identificada –, e que a designação de um guardião — que deve dispor de conhecimentos necessários no campo da assistência à infância, de modo a salvaguardar necessidades jurídicas, sociais, médicas e psicológicas durante os procedimentos de determinação do status de refugiado e até que uma solução duradoura seja identificada e implementada — à criança deve ser feita da forma mais rápida possível.

Tendo em vista que conflitos armados e outros desastres se apresentam como contextos em que crianças frequentemente são separadas de seus pais ou responsáveis, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), em trabalho conjunto com organizações parceiras — International Rescue Committee, Save the Children, UNICEF, ACNUR e World Vision — em seu *Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, também sublinhou alguns princípios guias de ordem prática que formam a base para ações nessas circunstâncias.

O documento elaborado pelo CICV sublinha que a sobrevivência de crianças separadas e desacompanhadas pode ser diretamente ameaçada em situações de conflitos. Nesse sentido, o guia ressalta que a responsabilidade primordial dos atores que trabalham em situações afins é garantir a sobrevivência e o bem-estar das crianças com seus pais, família e comunidade, de forma que esforços devem ser tomados para a proteção da unidade familiar, sobretudo de forma a evitar a separação entre a criança e sua família. O compêndio ressalta assim alguns aspectos a serem observados em caráter especial, como o princípio da unidade familiar⁴⁵¹, o princípio do melhor interesse da criança⁴⁵², a importância de a criança ser ouvida em todos os processos que lhe disserem respeito⁴⁵³, o princípio da não

⁴⁵¹ “The principle of family unity – or integrity of the family – states that all children have a right to a family, and families have a right to care for their children. Unaccompanied and separated children must be provided with services aimed at reuniting them with their parents or primary legal or customary caregivers as quickly as possible. If large numbers of children are separated from their parents or other relatives in an emergency, priority should be given to the most vulnerable, whether accompanied or unaccompanied, taking into account that the latter are likely to be more vulnerable.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 16.)

⁴⁵² “The best interests of the child constitute the basic standard for guiding decisions and actions taken to help children, whether by national or international organizations, courts of law, administrative authorities, or legislative bodies. These Inter-agency Guiding Principles should be taken into account when determining the best interests of the child in a given situation.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 17.)

⁴⁵³ “A child’s opinion should be listened to and given due weight in relation to the child’s age and maturity. Children must be kept informed about plans being made for them. This includes decisions about placement and

discriminação⁴⁵⁴, e a consideração de necessidades especiais por parte de meninas⁴⁵⁵. Nesse sentido, sublinhou que o conceito de proteção remete a todas as ações que se destinam a assegurar os direitos das crianças em sua plenitude, conforme estabelecidos no Direito Internacional dos Direitos Humanos e no Direito Humanitário, sendo eles essencialmente complementares e constituídos, em regra, por: ação responsiva (“*aimed at preventing, putting a stop to, and/or alleviating the immediate effects of a specific pattern of abuse*”⁴⁵⁶), ação corretiva (“*aimed at restoring dignified living conditions through rehabilitation, restitution and reparation*”⁴⁵⁷) e construção de ambiente adequado (“*aimed at creating and/or consolidating an environment — political, institutional, legal, social, cultural and economic — conducive to full respect for the rights of the individual*”⁴⁵⁸).

Sobre o aspecto da preservação da unidade familiar, o CICV destaca abordagens a serem tomadas para se evitar a separação da criança de seus familiares, para se proceder à evacuação de ambientes na companhia de suas famílias e ao registro de identidade e nascimento. Sobre os passos a serem tomados com vistas à reunificação familiar, o guia sublinha a necessidade de uma avaliação própria a ser conduzida para estabelecer a extensão da separação e a situação da criança separada, que precisa ocorrer da forma mais célere possível, levando-se em consideração, dentre outros aspectos, uma abordagem ética⁴⁵⁹, uma análise da conjuntura que potencialmente culminou na separação da família, o estudo de práticas costumeiras da comunidade no que diz respeito à aceitação de crianças desacompanhadas e/ou órfãs, a identificação do número de crianças separadas e desacompanhadas e a identificação dos potenciais fatores causadores de novas separações ou agravadores das situações em que crianças já se encontram separadas. O documento

care, tracing and reunification. Programmes should actively engage children in the prevention of and responses to separation.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 17.)

⁴⁵⁴ “Non-discrimination: one of the basic tenets of international humanitarian law is that the protection and guarantees it lays down must be granted to all without discrimination. Thus all four Geneva Conventions and both Additional Protocols provide that the “specific categories of person they protect must be treated humanely [...] without adverse distinction founded on sex...”. The Convention of the Rights of the Child reinforces this key principle and states that girls have additional, specific needs which have to be taken into account in programming for their care and protection.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 17.)

⁴⁵⁵ “The special needs of girls must be taken into account throughout armed conflicts and their aftermath. Appropriate responses must be developed at all stages of programming. See for example, Security Council Resolution 1261 (1999) on children and armed conflict which urges all parties to armed conflicts to take special measures to protect children, in particular girls.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 17.)

⁴⁵⁶ Ibidem, p. 18.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ Idem.

⁴⁵⁹ Cf. COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 30.

recomenda que as avaliações devam ser tomadas preferencialmente de forma transversal e multidisciplinar, inclusive com a participação ativa de membros da comunidade.

O documento salienta que quando do surgimento de uma emergência, é essencial identificar⁴⁶⁰, registrar⁴⁶¹ e documentar⁴⁶² a presença de crianças separadas e desacompanhadas da forma mais rápida possível, de modo que esses procedimentos devem ser conduzidos buscando-se reunir o máximo de informações disponíveis e em ambiente propício, garantindo-se a confidencialidade, a fim de minimizar as angústias já sofridas pelas vítimas. Na mesma linha, o documento destaca a necessidade de se proceder às etapas da identificação, do registro e da documentação e do rastreamento⁴⁶³ — com vistas a reatar os vínculos com seus familiares. Nesse sentido, é fundamental a ferramenta da verificação — processo de estabelecer a validade de relações e confirmar a disposição da criança e do membro da família para se reunir —, para que se proceda à reunificação com o núcleo familiar, garantindo-se, sobretudo, a observância do princípio do melhor interesse da criança. Deve-se direcionar atenção especial às situações em que crianças estiveram envolvidas em situações de violência contra sua própria comunidade, devendo-se levar em consideração a necessidade de proteger a criança contra discriminação, ataques e posterior recrutamento. As etapas seguintes elencadas pelo documento, constituem-se no acompanhamento do processo de reunificação, quando colocado em prática, no sentido de facilitar a reintegração da criança em seu grupo familiar e em sua comunidade, frequentemente englobando suporte social e econômico para tanto.

O compêndio também destaca que todas as crianças têm direito a cuidados de emergência e prestação de cuidados básicos com vistas à garantia de sua subsistência. Nessa linha, destacam-se os cuidados com a segurança física e emocional, por exemplo. As diligências devem ser tomadas preferencialmente no seio da comunidade, no sentido de fortalecer os sistemas existentes que envolvam líderes e autoridades locais, a menos que suas

⁴⁶⁰ “Identification is the process of establishing which children have been separated from their families or other care-givers, and where they may be found.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 33.)

⁴⁶¹ “Registration is the compilation of key personal data: full name, date and place of birth, father’s and mother’s name, former address and present location. This information is collected for the purpose of establishing the identity of the child, for protection and to facilitate tracing.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 33.)

⁴⁶² “Documentation is the process of recording further information in order to meet the specific needs of the child, including tracing, and to make plans for his or her future. This is a continuation of the registration process and not a separate undertaking.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 33.)

⁴⁶³ “Tracing, in the case of children, is the process of searching for family members or primary legal or customary care-givers. The term also refers to the search for children whose parents are looking for them. The objective of tracing is reunification with parents or other close relatives.” (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 35.)

visões não se coadunem com o melhor interesse da criança. Assim, destaca ainda que, para crianças separadas, o cuidado baseado na comunidade é preferível ao cuidado institucional⁴⁶⁴, uma vez que aquele mantém a criança dentro de sua comunidade e fornece a continuidade em sua socialização e desenvolvimento. As diretrizes ainda fazem menção aos cuidados a serem dispensados no que diz respeito à saúde, nutrição, acomodação e educação das crianças, bem como às soluções duradouras a serem colocadas em prática, caso a reunificação familiar não seja possível, como é caso de medidas tais quais o encaminhamento a orfanatos, lares de grupos ou possibilidades de adoção, observado o melhor interesse da criança. Interessante observar, nesse sentido, que o guia destaca a necessidade de priorizar que tais medidas ocorram, preferencialmente, dentro da comunidade na qual a criança pertence. Estando distante de sua localidade de origem, recomenda-se que esforços devam ser tomados para que as crianças ao menos mantenham contato com a sua cultura.

Mais recentemente, o “*Guía regional del MERCOSUR para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes*”, elaborado pelo IPPDH em parceria com a OIM, parece consubstanciar vários dos diversos elementos dos instrumentos aqui mencionados. O guia regional, nesse sentido, tem como objetivo promover a harmonização e adequação das normativas que regem os procedimentos migratórios aos standards de direitos humanos aplicáveis às crianças migrantes separadas e desacompanhadas, auxiliando, portanto, no estabelecimento de critérios e pautas de ações comuns para a identificação de situações de violação de direitos ou necessidade de proteção internacional de crianças por parte das autoridades estatais, bem como para servir de paradigma para resolução de casos específicos⁴⁶⁵.

À luz dos instrumentos de proteção internacional e do entendimento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o guia regional arrola seis princípios reitores essenciais a serem aplicados na fase de identificação: o princípio do melhor interesse da

⁴⁶⁴ “Residential institutions can rarely offer the developmental care and support a child requires and often cannot even provide a reasonable standard of protection. Even during emergencies, institutions should be viewed as a last resort, to be used only when children genuinely have no one to take care of them.” (COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. op. cit., p. 46.)

⁴⁶⁵ “Con relación a los alcances y ámbito de aplicación de la GR, está destinada a orientar los procedimientos de los organismos responsables de la formulación y gestión de las políticas migratorias, las instituciones estatales cuyo personal cumpla funciones de control migratorio o actúe por delegación de funciones, así como también de las instituciones de protección de los derechos del niño, niña y adolescente y todas aquellas instituciones que desempeñen funciones vinculadas directa o indirectamente a su atención, respecto de todo NNA extranjero que pudiera necesitar protección internacional o la obtención de otra forma de protección de sus derechos, en los términos del presente documento.” (INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 59.)

criança, o princípio da igualdade e da não discriminação, o princípio da proteção especial (ou princípio da especialidade), o princípio da unidade familiar, o princípio do *non-refoulement* e o princípio da vedação à privação de liberdade. Alguns pontos abordados pelo guia relacionados a esses princípios merecem destaque.

Sobre o primeiro princípio, o documento observa sua incorporação às diretrizes constantes do documento a partir de três dimensões: como direito substantivo da criança de que seu interesse seja de consideração primordial, como princípio jurídico interpretativo fundamental que implica que se eleja a interpretação que satisfaça de maneira mais efetiva o melhor interesse da criança e como norma de procedimento, de forma que em todo o processo de tomada de decisões atinentes à criança haja uma estimativa de suas possíveis repercussões, sem prejuízo de garantias processuais. Sobre o princípio da igualdade e da não discriminação, o documento sublinha que os migrantes não somente devem gozar de políticas de proteção no Estado em cuja jurisdição se encontram, como as políticas migratórias devem assegurar os princípios estabelecidos na Convenção sobre os Direitos das Crianças em qualquer ato ou medidas que possam afetar os direitos da criança. Relativamente ao princípio da proteção especial (ou da especialidade), o documento observa que deve se considerar um enfoque diferenciado a ser direcionado em normas e políticas que dão conta da situação de desigualdade estrutural em que se encontram determinados grupos sociais, como é o caso de crianças desacompanhadas e separadas. Nesse sentido,

o principio de especialidad implica también la prioridad del marco normativo e institucional de protección integral de la infancia (...) por sobre las políticas y la normativa, significando que en los procedimientos migratorios, se considere primordialmente la condición de niño, niña y adolescente antes de la situación migratoria.⁴⁶⁶

O guia regional também estabelece pautas para a avaliação e determinação do melhor interesse da criança, destacando que a avaliação consiste em valorar todos os elementos necessários antes de se tomar qualquer decisão ou de qualquer atuação, que deve ser realizada de maneira sistemática — desde a identificação até as soluções duradouras direcionadas para cada caso individual.

A avaliação, nesse sentido, deve ser contínua e dinâmica. O documento elenca um rol não exaustivo e não hierárquico de elementos a serem observados, quais sejam: a opinião da

⁴⁶⁶ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 63.

criança, de acordo com a sua maturidade; a identidade da criança, abarcando características como sexo, nacionalidade, religião, identidade cultural e personalidade; a preservação do entorno familiar e manutenção das relações; o cuidado, a proteção e segurança da criança para o seu bem-estar; sua situação migratória; o direito à saúde e à educação; e a identificação e documentação. O guia destaca também as garantias processuais a serem brindadas no âmbito de todos os procedimentos migratórios: o direito de a criança ser escutada, o direito à informação, a celeridade dos processos, a especialização dos funcionários competentes, o acesso à representação legal e à assistência jurídica, a designação de tutor em caso de crianças separadas e desacompanhadas, o direito a recorrer das decisões, a assistência consular e salvaguarda da confidencialidade.

O documento ainda indica procedimentos de identificação por parte das autoridades migratórias e mecanismos de referência, com o objetivo de estabelecer, para as autoridades competentes — especialmente aquelas de fronteira —, as necessidades imediatas de proteção e assistência. Relativamente ao procedimento de identificação, o guia indica a consideração de dois passos: i) a determinação prioritária das situações e a identificação de situações de violação de direitos e ii) a realização de referência ao órgão competente dos sistemas de proteção dos direitos das crianças e adoção de medidas de atenção especial, de acordo com as necessidades específicas *in casu*.

O primeiro passo apontado pelo guia regional no procedimento de identificação de crianças com necessidades de proteção especiais é a determinação da condição de criança separada ou desacompanhada — assim como determinar sua nacionalidade, ou condição de apátrida — e a identificação de situação de violação de direitos — englobando os motivos de sua saída do país de origem e de sua separação do núcleo familiar. O documento sublinha que no primeiro contato com a criança migrante devem ser detectados aspectos que possa significar riscos para sua saúde, integridade, segurança e vida, de modo que o agente responsável por sua recepção deve encaminhá-la para os serviços das áreas competentes em caráter emergencial. Essas medidas iniciais têm, portanto, caráter prévio ao procedimento de identificação e de realização das entrevistas correspondentes, que se suspendem até que as necessidades emergenciais sejam sanadas e a criança migrante se encontre novamente em condições de participar do procedimento de identificação⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 72.

Nessa linha, a entrevista de identificação deve ter em conta alguns pontos essenciais, de forma que antes de seu início, é necessário considerar, tendo em vista seu grau de maturidade e as perspectivas de gênero: um lugar adequado para a realização da entrevista, de maneira que ela possa ocorrer de forma individual e que se respeite as condições de privacidade ou de confidencialidade do caso; a intervenção de tradutores ou intérpretes, caso a criança não consiga se expressar no idioma em que é entrevistada; o entrevistador deve ter recebido capacitação para a realização do processo de identificação — e, preferencialmente, deve estar acompanhado de alguma autoridade responsável pela proteção à criança; a entrevista deve ser realizada, sempre que possível, em uma única oportunidade, devendo-se evitar duplicidade de entrevistas ou de registros de outra natureza que acabem por veicular a mesma informação⁴⁶⁸.

Sobre a metodologia a ser empregada na entrevista de identificação, o guia ressalta que o agente entrevistador deve comunicar-se em linguagem compreensível e orientado ao propósito de gerar um espaço de confiança durante a entrevista⁴⁶⁹. Recomenda-se, nesse sentido, que o agente se apresente, explique à criança o objetivo e as consequências da realização da entrevista e exponha à criança seus direitos. O guia, nesse sentido, consigna que o agente entrevistador deve registrar todas as informações tomadas por escrito, em um formulário de identificação inicial, garantindo-se que tal registro abarque também informações chave, como é o caso de nome completo, data e local de nascimento, filiação, e endereço no país de origem.

O documento sublinha que, quando não for possível determinar, no momento da identificação, a idade da criança, deve-se aplicar o benefício da dúvida e proceder-se ao tratamento como se menor de 18 (dezoito) fosse. Nesse sentido, o documento propõe algumas perguntas orientadoras da entrevista:

¿Con quién viajas?; ¿Qué relación tienes con la persona que te está acompañando?;
¿La conocías antes de viajar?; ¿Dónde están tus padres/tutores?; ¿Saben que viajas
con esta persona? ¿La conoces?; ¿Te esperan otros parientes en el lugar de
destino?⁴⁷⁰

Nas hipóteses de crianças separadas, que viajam na companhia de outro adulto que não o seu responsável, o guia recomenda que o agente deve avaliar inicialmente os indícios

⁴⁶⁸ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 73.

⁴⁶⁹ Idem.

⁴⁷⁰ Ibidem, p. 74.

que apontem para o vínculo potencialmente existente, identificando, eventualmente, a necessidade de entrevistar a criança separada de adulto que lhe acompanha. Uma vez estabelecido se a criança encontra-se acompanhada ou não, o guia sugere que se proceda à identificação de outras situações de vulnerabilidade, não excludentes entre si: a) se se trata de criança com necessidade de proteção internacional — se se encontra em situação de refúgio; b) se se trata de vítima de tráfico internacional de pessoas; c) se se trata de criança em situação de violação de outros direitos ou de risco; d) se se trata de criança com outras necessidades de proteção internacional ou complementar; e) se se trata de criança cujos direitos não se encontram violados, porém que não cumprem com os requisitos migratórios.

Sobre a primeira hipótese, deve-se considerar se manifesta temor de regressar a seu país de origem, de forma que algumas perguntas orientadoras podem ser:

¿Cuál es la razón por la cual quiere ingresar a este país?; ¿Tiene miedo que le ocurra algo en su país?; ¿Por qué lo abandonó?; ¿Qué piensa le podría suceder en su país?; ¿Desea retornar a su país?⁴⁷¹

Relativamente à segunda hipótese, alguns indicadores para identificação de possível situação de tráfico internacional de pessoas podem ser: se não carrega consigo seus documentos de identidade ou bilhetes de viagem; se possui documentos de identificação falsos ou que apresentem inconsistências e indicadores de que foram adulterados; se manifesta gestos ou atitudes de submissão frente ao adulto acompanhante; se manifesta sinais de abuso, maltrato físico, submissão psicológica ou temor; se se encontra desorientada; se atua como se tivesse recebido instruções de terceiros para responder às perguntas; se se encontra nervosa ou angustiada; se não carrega consigo uma bagagem minimamente condizente com o propósito da viagem; se tem um perfil que não coincide com o motivo de seu ingresso ante as autoridades que realizam o controle migratório⁴⁷².

Com relação à hipótese de crianças que se encontram em situação de violação de outros direitos que implicam em risco para sua integridade física e emocional, o guia observa que requerem proteção sempre que: manifeste ter sido vítima de violência⁴⁷³ ou apresente

⁴⁷¹ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 75.

⁴⁷² Ibidem, p. 76.

⁴⁷³ Nesse sentido, “Para efectos de estos indicadores, el concepto de ‘violencia’ es entendido como el uso deliberado de la fuerza o poder, real o en forma de amenaza, que tenga o pueda tener como resultado lesiones, daño psicológico, un desarrollo deficiente, o privaciones, y poner en riesgo la integridad física o psíquica.” (INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 77.)

visíveis lesões físicas ou danos psicológicos; manifeste não estar recebendo determinado tipo de tratamento médico, embora dele aparente necessitar; manifeste encontrar-se incomunicável com sua família e impossibilitada de a ela reunir-se; manifeste apresentar algum sinal de hipótese que necessite de proteção de direitos fundamentais básicos.

Sobre a quarta hipótese — criança com outras necessidades de proteção internacional ou complementar — tratam-se de crianças que não aparentam reunir os elementos necessários para seu reconhecimento enquanto refugiadas, mas que poderiam solicitar outras formas de proteção complementar, uma vez que encontram-se igualmente amparadas pelo princípio do *non-refoulement*. Tratam-se, por exemplo, dos casos em que crianças não podem ou não querem voltar ao seu país de origem porque, se forçadas a fazê-lo, estarão sujeitas a sérias violações de direitos humanos, como a tortura; ou porque o retorno ao seu país de origem resta prejudicado ante consequências geradas por desastres naturais ou ambientais ou porque seja uma criança que, se retornada ao país de origem, corra o risco de ficar em situação de apatridia. Com referência à quinta hipótese, o guia observa que “*la autoridad migratoria procederá de acuerdo a la legislación migratoria en vigor y conforme las pautas previstas en el siguiente apartado de la presente Guía*”⁴⁷⁴.

Uma vez concluído o processo de identificação e registro das informações, caso identificada uma das situações estabelecidas, o agente entrevistador deverá proceder aos encaminhamentos aos órgãos responsáveis pela adoção das medidas que melhor respondam às necessidades específicas identificadas em cada caso. Nesse sentido, o guia ressalta a importância de

conforme la normativa migratoria aplicable se garantiza la autorización de alguna forma de categoría migratoria de ingreso o autorización de acceso al territorio, al menos de manera provisoria o temporal, que evite prima facie el riesgo de rechazo o devolución y garantice la atención de las necesidades básicas inmediatas de alimentación, higiene, seguridad social y salud.⁴⁷⁵

Ademais, o documento sublinha ser necessário que as políticas sobre/para infância e políticas de proteção social incorporem a categoria das crianças migrantes como grupo de pessoas em situação de especial vulnerabilidade, uma vez que “*suele existir en estas políticas*

⁴⁷⁴ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 75.

⁴⁷⁵ Ibidem, p. 78.

*o programas un déficit u omisión respecto de las necesidades específicas de los niños, niñas y adolescentes migrantes, particularmente aquellos no acompañados*⁴⁷⁶.

Sem prejuízo da aplicação de medidas mais gerais que envolvam garantir às crianças migrantes o direito à educação, saúde e proteção social, após o encaminhamento pela autoridade migratória ao agente do sistema de proteção à criança, deve-se ainda garantir entre as medidas imediatas a serem tomadas: o estabelecimento do contato da criança com sua família ou com autoridades competentes de seu país de origem (consulados ou órgãos responsáveis pela proteção à infância) se não houver temor de perseguição e o contato for possível; a concessão de alojamento e cuidados iniciais ou temporários adequados até a determinação, no mais curto prazo possível, de soluções duradouras⁴⁷⁷ adequadas ao caso no melhor interesse da criança.

Outras medidas relevantes no marco do processos de identificação e proteção dos direitos das crianças migrantes elencadas pelo guia regional são a determinação de sua idade, o requerimento de informações ao país de origem⁴⁷⁸ — ressalvados nos casos em que a criança encontra-se em situação de refúgio — e a designação de tutor que acompanhe a criança na realização dos atos da vida civil até que ela complete a maioridade.

⁴⁷⁶ INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 80.

⁴⁷⁷ “Las soluciones duraderas posibles según su interés superior y el principio de unidad familiar, según el caso pueden implicar: la reunificación familiar, ya sea mediante la permanencia en el país receptor o su retorno voluntario y seguro al país de origen, la permanencia en el país de destino, y medidas de cuidado y protección integral adecuadas si se determina excepcionalmente que la reunificación familiar no sería en su interés superior, posible reasentamiento por reunificación familiar en un tercer país donde se encuentre su familia, o si el retorno al país de origen no es seguro.” (INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 81.)

⁴⁷⁸ “En muchos casos la información sobre la identidad del NNA debe completarse requiriendo información al país de origen o sus representaciones consulares en el extranjero, especialmente en caso que requieran la documentación del niño, niña y adolescente migrante. Así, por ejemplo, a través de los consulados de los países se puede solicitar información referida a la búsqueda de los familiares, lugar de residencia, fecha de salida del país de origen, etc.” (INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR; ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. op. cit., p. 82.)

4.2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: RUMO À COMPREENSÃO DO SUJEITO

*“(...) Havia um pequeno chefe
que animá-los bem queria,
porém algo o preocupava:
o caminho não sabia.”⁴⁷⁹*

4.2.1 A incompreensão do sujeito: entre a invisibilidade e a ambivalência

De forma geral, a literatura aponta para algumas atitudes específicas à abordagem com crianças migrantes separadas e desacompanhadas tais como a suspeita, a condescendência e uma perspectiva patriarcal que nega o significado das crianças como agentes políticos, ao mesmo tempo em que destaca sua culpabilidade como migrantes irregulares⁴⁸⁰. Os exemplos de práticas apontadas na seção anterior são reflexos dessa postura. Nesse sentido, de modo geral, em que pese a existência de um aparato normativo de proteção o que se observa, em realidade, é um sistema difuso e marcado por inconsistências⁴⁸¹. Bhabha observa que

treaty compliance varies widely across different political and legal systems in relation to cardinal human-rights principles such as the primacy of the adolescent's “best interests” and the obligation to accord children the benefit of the doubt.⁴⁸²

Cernadas, García e Salas apontam, à luz, especialmente das políticas públicas direcionadas às crianças migrantes, para um contexto de *dupla* invisibilidade relativa ao tema no cenário latino-americano. Por um lado, ainda sobrevive a falta de perspectiva no que diz respeito à temática, o que repercute em questões essenciais como a falta de informação sobre o impacto do fenômeno migratório de crianças, a inadequação dos programas de capacitação que digam respeito à criança e aos direitos humanos e a escassa aplicação de parâmetros sobre os direitos de crianças e adolescentes na legislação como um todo, especialmente na política migratória⁴⁸³. Por outro lado, as políticas públicas relacionadas à infância não parecem ter

⁴⁷⁹ BRECHT, Berthold. **A cruzada das crianças**. São Paulo: Pulo do Gato, 2014.

⁴⁸⁰ BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 330.

⁴⁸¹ CUNHA, André Godinho; FURQUIM, Angelica. **Políticas migratórias no estado do Paraná: o desafio ante a proteção de crianças e adolescentes migrantes desacompanhados e separados**. In: CUNHA, André Godinho; SILVA, Aline Oliveira Gomes da; OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de (Orgs.) *Pesquisas em direitos humanos, políticas públicas e educação*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 93-118, p. 98.

⁴⁸² BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 415.

⁴⁸³ CERNADAS, Pablo Ceriani; GARCÍA, Lila; SALAS, Ana Gómez. **Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: principio, avances y desafíos en la protección de sus derechos en américa latina y el caribe**. In: *Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*. Brasília, Ano XXII, n. 42, p. 9-28, 2014, p. 11.

incorporado devidamente a questão migratória, “*es decir, que tenga en consideración los múltiples nexos entre ambas cuestiones*”⁴⁸⁴. Os autores apontam, por exemplo, que os fracassos e as falhas de políticas de proteção integral das crianças em seus países de origem podem levar ao aumento do número de crianças e adolescentes que migram, sozinhas ou na companhia de suas famílias, e impedir seu retorno e adequada reintegração⁴⁸⁵. Do mesmo modo, nos países de destino, a inclusão indevida ou limitada das necessidades de crianças migrantes ou filhos de migrantes nas políticas da infância pode levar a situações de desigualdade e discriminação, ou ainda à separação familiar ou outros prejuízos como consequência da aplicação de mecanismos de controle migratório⁴⁸⁶.

Para Bhabha, por outro lado, a negligência por parte dos Estados no que diz respeito à proteção da criança migrante desacompanhada e separada, a despeito da gama de instrumentos protetivos existentes, está atrelada, não à invisibilidade — como há muito tempo compreendida —, mas à *ambivalência*⁴⁸⁷ inerente ao tema:

For years, the preferred answer to this dilemma has been to suggest that the rights deficits are a product of the child migrants’ invisibility—their in-between status, the omissions that have resulted from the gap between child welfare and immigration experts that I mentioned earlier.⁴⁸⁸

Bhabha defende que, fosse a invisibilidade o cerne da problemática, sua correlata *visibilidade* — atingida em diversas localidades onde a temática tem sido difundida de forma considerável — teria resolvido o déficit de proteção e garantia de direitos⁴⁸⁹. Entretanto, observa a autora: “*For the past half-decade at least, attention has been paid to the interests*

⁴⁸⁴ CERNADAS, Pablo Ceriani; GARCÍA, Lila; SALAS, Ana Gómez. op. cit., p. 12.

⁴⁸⁵ Idem.

⁴⁸⁶ Idem.

⁴⁸⁷ Desse modo: “The concept of ambivalence is also useful for understanding the approach to trafficked child sex workers, child gang members, and former child soldiers. Migrant children drift into these abusive contexts as a consequence of the protection lacunae they face (albeit in very different ways). Alternative mentoring situations (boyfriend-pimps, gang leaders, military commanders) fill the gap left by ineffective or nonexistent families and state structures. The mentoring is abusive but it provides the child with a survival structure, even the possibility of some autonomy and income. Meanwhile state interventions are punitive and infantilizing. This explains why trafficked children so often escape from state institutions where they are placed “after “rescue” and return to their traffickers, why girl child soldiers are hard to incorporate into the DDR (demobilization, disarmament, and reintegration) process and drift back to their bush “husbands,” why orphaned or “left-behind” children of migrants repeatedly get involved in gangs. Official responses are ambivalent, mired between the pressure to protect rights and the obligation to punish juvenile offending. Should we prosecute or protect former child soldiers guilty of war crimes, should we award asylum to former gang children or deport them (regardless of whether they fear persecution from gang members if returned), should we grant permanent residence to migrant children inducted into sex-trafficking rings or cleanse our societies of this scourge and send them “home”—we are ambivalent.” (BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 34.)

⁴⁸⁸ Ibidem, p. 30.

⁴⁸⁹ Idem.

and rights violations affecting child migrants—invisibility is no longer an acceptable explanation for lack of protection”⁴⁹⁰. Nesse sentido, Bhabha observa que a ambivalência não resolvida sobre a legitimidade da proteção às crianças migrantes parece fornecer uma explicação mais convincente para a persistência das falhas aludidas⁴⁹¹.

A autora sustenta que enquanto sociedade, somos minados por uma contradição fundamental em nossa abordagem:

we view the state as having a protective obligation toward vulnerable children in its role as *parens patriae*, parent of the nation; but we also expect the state to protect us from threatening, unruly, and uncontrolled outsiders, even if they are children.⁴⁹²

Nessa linha, Bhabha sugere que a percepção da alteridade em nossas sociedades é ambivalente – presa entre a identificação do outro como “*humano como eu*” e uma hostilidade ou indiferença em relação ao outro como separada, dispensável ou ameaçadora⁴⁹³: “*this is particularly so for migrant children, where perceptions of vulnerability (“poor and innocent children”) and otherness (“not really like our children”) coalesce*”⁴⁹⁴. A despeito da existência de um aparato normativo protetivo, Bhabha observa que “*the daily encounter with sizable numbers of would-be entrants combined with an institutional ideology that promotes border security and firm immigration control generate a skeptical, even hostile attitude*”⁴⁹⁵.

Especificamente a o que concerne às crianças em situação de refúgio, Bhabha observa o mesmo movimento, da invisibiliade à ambivalência:

for much of the 1980s and 1990s child asylum seekers and refugee children were in effect invisible to policy makers and enforcers, ignored in broader contemporary debates about migrant protection. The needs of accompanied children were subsumed under the general eligibilities of their families, so that children were formally acknowledged as refugees when their parents were, but were rejected and returned home when their parents were refused.⁴⁹⁶

⁴⁹⁰ BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 30.

⁴⁹¹ Idem.

⁴⁹² Nesse sentido: “It is not that we have forgotten or missed the problems of migrant children. Rather they are a moving target, compelling but shifting, and we are deeply ambivalent about our responses. Our neglect of child migrants’ rights is therefore a strategic compromise that represents our unresolved ambivalence. It has enabled us to avoid the conceptual and political dilemmas raised by child migration and to sidestep the policy challenges it presents.” BHABHA, Jacqueline. op. cit., 2014, p. 30.

⁴⁹³ Ibidem, p. 33.

⁴⁹⁴ Idem.

⁴⁹⁵ Ibidem, p. 399.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 327.

Não sendo reconhecidas como pessoas em situação de refúgio por si mesmas, “*the best these unaccompanied or separated children could hope for was a compassionate or humanitarian status allowing them to remain on a discretionary basis outside the formal system of refugee adjudication.*”⁴⁹⁷

Nesse contexto, Bhabha sustenta que, assim como no contexto das migrações de crianças *latu sensu*, também a criança refugiada que realiza o deslocamento sozinha, ao chegar ao local de acolhida, encontra um aparato marcado por limites e inconsistências. Do mesmo modo, a autora defende que as contrariedades encontradas no sistema protetivo do refúgio dão-se, não mais por uma pretensa invisibilidade do tema, mas também por conta da ambivalência com qual se maneja a temática:

all child asylum seekers, but especially those who are separated and therefore forced to apply for protection in their own right, encounter mixed messages from the authorities as they navigate the web of administrative procedures and legal requirements. (...) However, the same regimes refuse to accept responsibility for some of the most egregious harms the children face (for example, by refusing to grant gang-based claims).⁴⁹⁸

A compreensão da autora parece ir ao encontro das ideias do presente trabalho. Compreender o fenômeno através da lúcida percepção da — consciente ou inconsciente — prática estatal torna possível uma aproximação do âmago da consequência de um aparato paradoxal. Nesse sentido, autora conclui que

We legislate migrant children’s right to public education and health care irrespective of their legal status, but we erect practical obstacles to their access to these services; we accept an obligation to protect them from persecution, trafficking, and destitution, but we blame them for the risks they pose to our social fabric by finding ways to detain them or remove them from our territories.⁴⁹⁹

Da fotografia da postura ambivalente, é possível observar a distorção do princípio do melhor interesse. Se o melhor interesse da criança é conseguir realizar seu percurso migratório da forma mais segura possível, garantindo-se, quando possível, a reunificação com os demais integrantes de seu grupo familiar, por outro lado, o melhor interesse *do Estado* receptor “*seria coibir fluxos migratórios de menores para evitar que governos tenham que responder internacionalmente por situações de ‘crises humanitárias’ e pela violação de*

⁴⁹⁷ BHABHA, Jacqueline. op. cit., p. 328.

⁴⁹⁸ Ibidem, p. 329.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 34.

direitos e tratamentos degradantes de menores”⁵⁰⁰. Assim, “*l’intérêt supérieur de ces enfants est soumis aux contraintes financières et, plus concrètement, aux capacités d’accueil*”⁵⁰¹.

4.2.2 A solicitação de refúgio por crianças separadas e desacompanhadas no território brasileiro

À luz da reflexão de que o cenário internacional é marcado por inconsistências que refletem, no limite, a incompreensão do sujeito e remontam em posturas ambivalentes por parte dos Estados, é chegado o momento de localizar o tema na experiência brasileira e desse modo submeter a racionalidade da política migratória à prova: se, no que diz respeito à compreensão da criança migrante que cruza sozinha fronteiras internacionais, efetivamente se encontra direcionada ao horizonte dos direitos humanos e em concordância com os ditames da proteção internacional à criança migrante. Nessa linha, o primeiro e emblemático teste diz respeito ao acesso à solicitação de refúgio por parte de crianças separadas e desacompanhadas. Para tanto, localiza-se a problemática a partir da compreensão dos procedimentos iniciais do processo de determinação do status de refugiado (DSR).

A lei brasileira de refúgio versa expressamente sobre o processo de DSR, dispondo pontualmente sobre o ingresso no território nacional e o pedido de solicitação de refúgio (arts. 7 a 10). Estabelece a possibilidade de qualquer migrante expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória (art. 7) e assegura a garantia ao *non-refoulement* e à deportação sumária. O texto normativo dispõe acerca do processo de determinação da condição de refugiado, dispondo, respectivamente acerca de seu procedimento (arts. 17-20), da concessão de autorização de residência provisória (arts. 21-22), da instrução do processo (arts. 23-25), da decisão do pedido (arts. 26-28), e — em caso de indeferimento do pedido pelo CONARE, em primeira instância — do recurso (arts. 29-32). Leite observa que da leitura dos dispositivos observam-se cinco fases de desenvolvimento do processo: uma fase prévia à instauração do processo, a instauração formal do processo, a instrução do feito, o julgamento e a fase de recurso⁵⁰². Desses cinco momentos, a fase prévia à instrução e a instauração formal do feito interessam particularmente ao presente estudo. Sobre

⁵⁰⁰ MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **O paradoxo da globalização e a migração infantil**: algumas reflexões. In: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTEAGA, Tuíla. (orgs.) *Política Migratória e o Paradoxo da Globalização*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015, p. 160.

⁵⁰¹ HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. op. cit., p. 27.

⁵⁰² LEITE, Larissa. **O devido processo legal para refúgio no Brasil**. 2014. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 167.

estes, para a compreensão da prática brasileira relativamente ao acesso à solicitação de refúgio por parte de crianças separadas e desacompanhadas, passa-se a detalhar brevemente.

Conjugando o disposto nos arts. 7⁵⁰³, 17⁵⁰⁴ e 18⁵⁰⁵ da Lei de Refúgio, a fase prévia ou preliminar à abertura do procedimento de solicitação de refúgio tem início com a tomada de declarações, mediante manifestação oral, do solicitante pela autoridade migratória competente — tanto no momento de chegada no território brasileiro, já na área de fronteira, quanto após, a qualquer tempo no interior do território nacional. À luz da disposição contida dos arts. 7 e 8⁵⁰⁶, Leite nota que a lei brasileira contempla a existência do direito de não devolução mesmo antes da instauração do procedimento e independentemente da regularidade de sua situação migratória:

a despeito de a instrução do processo decorrer, assim, somente da colheita das declarações do buscador de asilo, já a partir da sua manifestação oral recebe a garantia de não ser devolvido para o local onde sua vida ou liberdade possa estar em risco, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.⁵⁰⁷

Na fase prévia se garantem tanto a vedação ao *refoulement*, portanto, quanto à práticas de atos da autoridade policial que assegurem a prestação de informações sobre o processo de solicitação de refúgio (art. 7). Leite destaca que a defesa de tais garantias independe da prova da condição de refugiado, com base, inclusive, em normativa própria do CONARE⁵⁰⁸. Nessa linha, conforme nota Ramos, “o direito básico do refugiado é o direito da busca de refúgio, bastando, para tanto, que meramente o solicite ao Estado de acolhida, que, então, deve provisoriamente admiti-lo em seu território para análise do pedido”⁵⁰⁹. Conclui que há

⁵⁰³ Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. § 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

⁵⁰⁴ Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

⁵⁰⁵ Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos. Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento

⁵⁰⁶ Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 167.

⁵⁰⁸ Art. 1, RN 18/2014 CONARE.

⁵⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados:** do ingresso à extradição. In: Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892, p. 357.

*“importante exceção à norma internacional costumeira que dispõe que cabe ao Estado, de modo discricionário, permitir ou não o ingresso de estrangeiros em seu território”*⁵¹⁰. O autor nota que, no caso das pessoas em situação de refúgio, *“os próprios Estados anuíram com a possibilidade de admissão ipso iure de estrangeiro que meramente alegue ser refugiado”*⁵¹¹.

No caso brasileiro, a autoridade migratória responsável pelo recebimento da manifestação de vontade de solicitar refúgio é o Departamento de Polícia Federal (DPF). Ramos, nesse ponto, destaca que *“não há dispositivo legal que autorize o agente policial federal a verificar por ‘convicção pessoal’, se o estrangeiro que solicita refúgio reúne as condições necessárias para sua concessão”*⁵¹². Não pode, nesse sentido, em qualquer momento do procedimento de determinação do status de refugiado, e especialmente na fase preliminar — momento do qual podem decorrer duas violações gravíssimas: a vedação do acesso ao procedimento e a deportação de uma pessoa para onde sua vida ou liberdade possam ser injustamente ameaçadas⁵¹³ — o agente federal atuar como *“substituto ilegal”* do CONARE, avaliando com displicência e arbitrariedade quem pode ser reconhecido como refugiado e, por consequência, ter acesso ao procedimento de solicitação de refúgio⁵¹⁴.

Na prática brasileira, Leite esquadrinha o momento prévio à instauração do processo de determinação do status de refugiado a partir de três elementos: a manifestação oral do postulante de refúgio, a prestação de informações pela Polícia Federal e a garantia ao princípio do *non-refoulement*⁵¹⁵. Sobre o primeiro elemento, de modo geral, não há recomendação sobre a forma como a manifestação deve ocorrer. Por consequência lógica, fórmula alguma acerca do pronunciamento do postulante de refúgio pode ser exigida: tem-se que a manifestação não precisa ser escrita, não precisa ser veiculada em língua portuguesa e não precisa envolver o universo lexical do refúgio⁵¹⁶. Com relação ao segundo elemento, Leite nota que o dever de prestar informações sobre o processo de refúgio no Brasil deve ser cumprido sempre que for solicitado e sempre que o agente do DPF estiver diante de quaisquer indícios de que a presença da pessoa migrante na fronteira ou no interior do território

⁵¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 357.

⁵¹¹ Idem.

⁵¹² Ibidem, p. 358.

⁵¹³ LEITE, Larissa. op. cit., p. 362.

⁵¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 358.

⁵¹⁵ LEITE, Larissa. op. cit., p. 362.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 217.

brasileiro decorre de uma necessidade de proteção internacional⁵¹⁷. Pontua, entretanto, que “*não significa dizer que o agente de Polícia Federal substituirá o indivíduo na manifestação da vontade que é necessária para a instauração do processo de DSR e que procederá ao ato independentemente da concordância da pessoa*”⁵¹⁸. Os elementos da manifestação da solicitação de refúgio aliados ao dever de prestação de informações por parte dos agentes migratórios impacta diretamente na garantia do princípio do *non-refoulement* — terceiro elemento apresentado por Leite. Conforme outrora mencionado, práticas de inadmissão no território nacional são frequentes por conta de fragilidades nesses dois elementos⁵¹⁹.

Recebida a manifestação de vontade de postular pela proteção internacional, a Lei de Refúgio estipula que a autoridade migratória deve ouvir o interessado e preparar o termo de declaração, o qual deve conter as circunstâncias relativas à entrada no território brasileiro e as razões que o fizeram deixar seu país de origem (art. 9). Leite observa que o eventual intervalo estabelecido entre a manifestação e o ato de instauração formal do processo não deve ser prolongar, seja porque o feito se submete ao caráter de urgência previsto no art. 47 da Lei de Refúgio⁵²⁰, seja porque é possível que a pessoa tenha ingressado em território nacional de forma irregular, e, em tal condição, esteja em situação altamente vulnerável, vulnerabilidade essa que passa a ser superada a partir do momento da formalização do pedido, uma vez que esta lhe resulta na emissão, em seu favor, de documento de autorização de residência provisória no território brasileiro.

A instauração do processo, portanto, é composta pela coleta de declarações do postulante de refúgio pela autoridade migratória e pela apresentação do termo de solicitação de refúgio⁵²¹. Cumpre observar que a RN 18/2014 (art. 2, §1º, I) passou a estabelecer o desvinculamento do processo de RCR da coleta de declarações orais do postulante de refúgio e da correspondente lavratura do termo de declarações⁵²². A normativa estabelecia os modelos

⁵¹⁷ LEITE, Larissa. op. cit., p. 221.

⁵¹⁸ Idem.

⁵¹⁹ Leite menciona alguns casos de pessoas retidas na área de controle do aeroporto de Guarulhos, conhecida como “conector”. LEITE, Larissa. op. cit., p. 222.

⁵²⁰ Conforme consta da lei: “Art. 47. Os processos de reconhecimento da condição de refugiado serão gratuitos e terão caráter urgente.” No mesmo sentido, ainda, é o consta dos ditames estabelecidos pela RN 18/2014 do CONARE.

⁵²¹ LEITE, Larissa. op. cit., p. 172.

⁵²² Dispõe, nesse sentido, o §1º do art. 2 da RN 18/2014: “§1º As informações contidas no Termo de Solicitação de Refúgio, referentes às circunstâncias relativas a sua entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o seu País de origem, equivalerão ao Termo de Declarações de que trata o artigo 9º da Lei 9.474/1997. I - Caso julgue necessário ou conveniente, a Unidade da Polícia Federal poderá proceder à oitiva do solicitante [...]” Em sua pesquisa, Leite observa que a dispensa teve como fundamento a necessidade de garantia de celeridade do início

do termo de solicitação de refúgio e do termo de declarações para serem utilizados no momento da instauração do processo de RCR. Posteriormente, o arquétipo foi alterado pela RN 22/2015⁵²³ e então pela RN 24/2017⁵²⁴. Por meio desta, o modelo do termo de solicitação de refúgio passou a ser substituído pelo formulário de solicitação de refúgio, o qual possui campos para a identificação do solicitante, dados para contato no Brasil, informações sobre os documentos de identificação do país de origem que por ventura o postulante possua em mãos, dados relacionados à escolaridade, às experiências profissionais, à prestação de serviço militar/combate, às investigações ou acusações criminais, às circunstâncias da solicitação de refúgio, às hipóteses de proteção internacional pretéritas, aos dados relativos à viagem realizada, às informações sobre familiares que por ventura permanecem no país de origem ou o acompanham no território brasileiro e informações complementares⁵²⁵.

Sobre os efeitos da instauração do processo de reconhecimento de refúgio, tem-se, em primeiro lugar, a expedição de documento de autorização de residência provisória — conhecido como protocolo de solicitação de refúgio — em favor do solicitante e de seu grupo familiar (art. 21), o qual autoriza sua estada regular até decisão final do processo. A RN 18/2014 estabelece determina que a emissão do referido documento deve ocorrer imediatamente após a entrega do formulário de solicitação de refúgio⁵²⁶. Em segundo lugar, verifica-se a ampliação das consequências do *non-refoulement*. Nesse sentido:

do processo e também uma forma de otimizar os recursos humanos da PF, permitindo um número significativamente maior de atendimentos por oportunidade. No mesmo sentido, a pesquisadora auferiu que a realização de oitiva oral conduzida pela autoridade migratória — no caso, por agentes da PF — era desnecessária, uma vez que cada requerente também seria entrevistado no curso da instrução processual. Ademais, a Leite destaca experiências vexatórias relacionadas à má condução das oitivas, por vezes desconectadas do objeto do processo de refúgio. Segundo narrativas, “[...] os agentes da Polícia frequentemente conduziam o ato como se estivessem diante de uma investigação criminal, na qual o solicitante de refúgio figurava como um suspeito, deturpando o objetivo ao ato e, de qualquer modo, descumprindo com seu objetivo.” (LEITE, Larissa. op. cit., p. 173.)

⁵²³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS. Constituição (2017). Resolução Normativa Nº 22, de 22 de outubro de 2015 nº 22, de 27 de outubro de 2015. Adota o Formulário de Solicitação de Refúgio e o Formulário de Interposição de Recurso e altera a redação da Resolução Normativa nº 18 do Conare. Brasília, Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27036876_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_22_DE_22_DE_OUTUBRO_DE_2015.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2019.

⁵²⁴ Adota o Formulário de Solicitação de Reconhecimento da Condição de Refugiado, o Formulário de Identificação de Familiares para Extensão dos efeitos da Condição de Refugiado e o Formulário para Interposição de Recurso e altera a redação da Resolução Normativa nº 22 do Conare.

⁵²⁵ Cumpre notar que as declarações podem ser preenchidas com auxílio de intérprete, o qual assina um termo de responsabilidade próprio.

⁵²⁶ Art. 2º. Recebido o Termo de Solicitação de Refúgio devidamente preenchido e colhidos os dados biométricos ou seu equivalente, a Unidade da Polícia Federal emitirá imediatamente o Protocolo de Refúgio, nos moldes do Anexo II da presente Resolução, independentemente de oitiva, ainda que agendada para data posterior.

apesar de esta garantia estar assegurada desde a primeira manifestação oral do solicitante de refúgio pela proibição de devolução da pessoa para o país onde sua vida ou sua liberdade possam estar em risco, a Lei 9474/97 previu que a partir da instauração do processo outras medidas venham a assegurar aquele princípio.⁵²⁷

Nessa ordem de ideias, a Lei de Refúgio prevê que a instauração do processo gera a suspensão de procedimentos administrativos ou criminais que tenham sido instaurados contra o solicitante — ou familiares que o acompanham — em virtude de sua entrada irregular no território brasileiro (art. 10) e prevê também que a instauração formal do processo de DSR suspende eventual processo de extradição em face do solicitante de refúgio, desde que baseado nos fatos que lhe fundamentem a concessão do refúgio (art. 34).

Finalmente, sobre a fase de instauração do processo, Leite chama a atenção para o fato de que a formalização do pedido de solicitação de refúgio independe de apresentação de qualquer outro documento que não o formulário de solicitação de refúgio⁵²⁸ — embora a prática mostre que as autoridades migratórias tendam a exigir indevidamente apresentação de documentos como cópia integral do documento de viagem e comprovante de residência.

É precisamente no momento da instauração do processo de DSR que as crianças separadas e desacompanhadas postulantes de refúgio se deparavam, pela primeira vez em território brasileiro, com os óbices estabelecidos pelos escaninhos burocráticos da prática brasileira: à elas não era autorizado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio por si mesmas, sob a alegação de que tal ato não poderia ser exercido por aqueles que não possuem capacidade plena, à luz das disposições do Código Civil.

Nesse sentido, Leite narra que casos em que a negativa de instauração do processo de DSR à crianças separadas e desacompanhadas começaram a ser notados na cidade de São Paulo/SP no ano de 2013. No primeiro caso pontuado pela autora, a instrução do processo somente foi admitida após o jovem completar 18 anos de idade. Em outros casos subsequentes, os pedidos de RCR foram admitidos mediante termo de guarda judicialmente outorgada ao responsável por um abrigo ao sistema de assistência a menores da cidade de São Paulo.

A premissa para não permitir a concessão do protocolo de refúgio diretamente a crianças era a da prevenção de situações como o tráfico de crianças, a exploração ou a transferência internacional ilegal de menores. Nesse sentido, ao juízo, no âmbito da designação da guarda, competiria a análise meticulosa da criança de modo a evitar que

⁵²⁷ LEITE, Larissa. op. cit., p. 175.

⁵²⁸ Ibidem, p. 234.

eventual guarda ou adoção implique verdadeira concretização de tráfico de pessoas.⁵²⁹

Conforme outrora mencionado, entretanto, nem a lei brasileira de refúgio ou a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 apresentam qualquer exigência além da extraterritorialidade — da presença do solicitante no território nacional, para que se dê acesso ao processo de solicitação de refúgio. Nesse sentido, “*embora a capacidade jurídica seja um tema geral do Direito, ela não pode servir para uma negativa absoluta de acesso do indivíduo aos órgãos públicos encarregados de assegurar a sua proteção*”⁵³⁰. Nesse contexto, obstado o acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, a criança permanecia indocumentada no país até o desfecho do processo da designação, que poderia levar dezenas de meses para ser concluído, ficando nesse interim propensa a uma maior condição de vulnerabilidade social.

Se por um lado, a delonga nos processo de guarda ou suprimento judicial *deveria* ser mais detida, já que, pressupunha esquadrihar e prevenir quaisquer suspeitas de tráfico e exploração de crianças, por outro lado, um olhar que visa a contornos efetivos ao melhor interesse da criança impunha “*o seu acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio, por si próprio, independentemente do desfecho do processo da Justiça Estadual, para que possa permanecer documentado no país e, assim, ter acesso a direitos fundamentais e sociais básicos*”⁵³¹. Assim, “*a documentação, ao contrário de fomentar eventual situação de tráfico, pode ter o condão de preveni-lo.*”⁵³²

Se assentado o entendimento de que é garantia especial do devido processo legal que toda a criança postulante de refúgio disponha da assistência por um guardião ou representante legal, desde o início do procedimento de solicitação de refúgio e em cada uma de suas etapas, no caso de uma criança desacompanhada, ou separada de sua família, por conseguinte, assume o Estado de acolhida as obrigações especiais para sua guarida. Essa tutela, deveria ser, portanto, pensada e posta em prática à luz do melhor interesse da criança, dando-se, assim, conforme dispõe o aludido artigo 12 da CDC, à criança a oportunidade de ser ouvida.

Filardi, Dubisnki e Mendos sublinham que a intervenção de um tutor ou representante legal desde o início do procedimento de solicitação de refúgio visa evitar que a criança tenha que se valer de qualquer outro auxiliar em seu peticionamento, ou ainda, mais gravemente,

⁵²⁹ LEITE, Larissa. op. cit., p. 45.

⁵³⁰ Ibidem, p. 241.

⁵³¹ Idem.

⁵³² Idem.

permaneça à mercê de organizações de tráfico de pessoas⁵³³. Ainda, pontua-se que a designação de um guardião se mostra essencial para que se evite que a criança se veja obrigada a relatar suas experiências, na maioria dos casos, traumáticas, em condições inadequadas. Assim, através da nomeação rápida de um tutor ou representante legal – com autoridade para agir o desde o início do processo – cumprem os Estados com a garantia de que a criança não tenha que recorrer a métodos alternativos a fim de formalizar o seu pedido.

Não havia que se questionar, por óbvio, a necessidade e a importância que traz a designação de um tutor à criança refugiada que se encontra desacompanhada ou separada. Não se contrapunha, tampouco, que tal procedimento reafirmava a observância do princípio do melhor interesse da criança.

O que se observava, pois, é que a designação de guarda, como *fator condicionante* do pedido de solicitação de refúgio, por criança separada e desacompanhada, a revés do que se pretendia, não se mostrava consoante ao melhor interesse da criança refugiada. Isso porque, o acesso imediato ao protocolo de solicitação de refúgio, a despeito do desfecho do processo na Justiça Estadual, permitia que a criança permanecesse documentada no país, e tivesse, assim, seus direitos mais básicos garantidos.

Cumpria à política migratória brasileira e ao ordenamento jurídico cuidar, afinal, para que o princípio reitor da proteção à criança não fosse tão somente aplicado aprioristicamente. A exigência da prévia regularização da guarda ou do suprimento judicial como requisito para a formalização da solicitação de refúgio traduzia-se, tanto em mitigação do instituto do refúgio sob o seu viés protetivo, contrariando a essência do princípio do *non-refoulement* – “*o qual, se por um lado determina a não devolução do solicitante, a contrario sensu também impõe o reconhecimento da validade da permanência temporária do solicitante no país*”⁵³⁴ – quanto em manejo leviano do princípio do melhor interesse da criança. Ao não escutar, em verdade, a criança – querendo protegê-la quando a desprotege – acabava-se por desconsiderá-

⁵³³ FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias. In: LETTIERI, Martín (ed). Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamerica. Buenos Aires: EDUNLa Cooperativa - Universidad Nacional de Lanús, 2012, p. 238. “La intervención de un tutor o representante legal desde el inicio mismo del procedimiento procura, de manera inmediata, evitar que todo niño, niña o adolescente: a) tenga que valerse de cualquier otro solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado para asesorarse sobre su petición; b) quede a merced de organizaciones de tráfico o trata de personas, cuyos miembros directamente suscriban por él cualquier documento; c) si no sabe leer y/o escribir, tenga que declarar ante un oficial que se desempeñe en la órbita de la autoridad de aplicación correspondiente para que complete por él los datos que le fueran requeridos; d) sea notificado de sus derechos y obligaciones sin la presencia de su representante legal y e) se vea obligado a relatar su experiencia traumática en condiciones inadecuadas.” (FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. op. cit., p. 238.)

⁵³⁴ SEVERO, Fabiana Galera, op. cit., p. 45.

la como sujeito e por incompreender suas particularidades.

4.2.3 A solução e sua aplicação para além do refúgio a partir da categoria de crianças migrantes separadas e desacompanhadas

A resposta para o problema que se colocava diante do momento inicial de identificação da criança separada e desacompanhada em situação de refúgio veio com a publicação da Resolução Conjunta n. 01⁵³⁵ firmada entre o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), o Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e do Adolescente (CONANDA), o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e Defensoria Pública da União (DPU) em 09 de agosto de 2017. O documento, nesse sentido, estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para a criança separada e desacompanhada. O faz à luz dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade — em especial, a partir dos artigos 227, 228 e 229 da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Crianças, dos princípios da proteção integral e prioridade absoluta (Estatuto da Criança e do Adolescente), e do Comentário Geral n. 06, do Comitê dos Direitos da Criança e do Adolescente — e considera, sobretudo, a situação de vulnerabilidade a que são expostas as crianças desacompanhadas ou separadas que buscam a proteção internacional e a necessidade de orientação sobre sua proteção e cuidados.

A Res. Conj. 01/17 define, à luz dos documentos analisados em seções anteriores, a criança ou adolescente desacompanhado como aquele que não possui nenhuma pessoa adulta acompanhando-lhe em seu ingresso no território nacional, e separado como aquele que está acompanhado por uma pessoa adulta que não é a responsável legal que detenha o poder familiar, no seu ingresso em território brasileiro. A Res. Conj. determina, ainda que o termo “*crianças ou adolescentes desacompanhados ou separados*” se equivale a “*criança e adolescente de outras nacionalidades ou apátridas, que se encontrem desacompanhados ou separados em ponto de fronteira*”.

O documento determina que a política de atendimento à criança deve ser aplicada em sua integralidade e sem qualquer discriminação em ponto de fronteira brasileiro (art. 2). Estabelece que os processos administrativos envolvendo crianças separadas ou

⁵³⁵ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, Departamento de Migrações Coordenação-Geral de Assuntos de Refugiados, Comitê Nacional para os Refugiados. Resolução Conjunta n. 01 de 9 de agosto de 2017. Diário Oficial da União, 18 ago. 2017, nº 159, Seção 1, p. 37.

desacompanhadas devem tramitar com absoluta prioridade e agilidade, devendo ser considerado o interesse superior da criança na tomada de decisões (art. 3). O documento determina a observância ao princípio do *non-refoulement* — a vedação à aplicação de medida de retirada compulsória à criança separada ou desacompanhada para local em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, ou ainda, onde seus direitos fundamentais estejam em risco — respeitados os princípios da convivência familiar e da não-devolução (art. 4) e a aplicação do princípio da não criminalização em razão da condição migratória (art. 5) da criança. A título de princípios e garantias, estabelece que ao longo do processo administrativo a criança tem o direito de participar, ser consultada e mantida informada, de acordo com seu nível de desenvolvimento, sobre os procedimentos e decisões tomadas em relação a si e seus direitos (art. 6), devendo estar devidamente representada em seus procedimentos migratórios — ou de solicitação de refúgio (art. 7).

A Res. Conj. estabelece, ainda, as diretrizes protocolares a respeito da identificação no controle migratório e no ingresso no território brasileiro. Nesse sentido, o art. 8 dita que a identificação da criança separada ou desacompanhada deve ocorrer de forma imediata, em linguagem compreensível e adequada a sua idade e identidade cultural. O documento estabelece a sequência de atos a serem desempenhados no momento do controle migratório pela autoridade migratória, quais sejam: i) o registro da ocorrência; ii) a realização de identificação biográfica compreendendo nome, gênero, data de nascimento, filiação, nacionalidade⁵³⁶; iii) a identificação biométrica; iv) o processamento do registro de entrada no controle migratório; v) a notificação da Defensoria Pública da União; vi) a notificação e representação do Conselho Tutelar para adoção das medidas protetivas cabíveis; vii) a notificação do Juízo e da Promotoria de Infância e Juventude. O processo deve ser conduzido de maneira segura e sensível à idade, identidade de gênero, orientação sexual, deficiência, diversidades religiosas e culturais, assegurando-se o respeito aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

É aplicado o benefício da dúvida nos casos em que não é possível identificar a idade e outras informações (art. 9, par. 2). No mesmo sentido, devem ser empregados esforços para a preservação de vínculos de parentesco ou afinidade das crianças recém ingressas (art. 9 par. 3). A continuidade ao processo de identificação é levada a cabo especialmente pelo membro da DPU, a partir da condução de entrevista individual — cuja realização é balizada pela idade, identidade de gênero e linguagem da criança — para o registro da história da criança (art. 10).

⁵³⁶ Extraídos dos documentos que a criança possuir ou mediante auto-declaração.

A entrevista inicial conduzida de forma individual, a partir dos moldes pré-estabelecidos pelo formulário anexo ao documento (“*Formulário para Análise de Proteção*” — Anexo 1), deve considerar: i) as razões pela qual a criança ou o adolescente está desacompanhados separado; ii) a avaliação de vulnerabilidade, análise sobre a saúde física, psicossocial, material e outras necessidades de proteção; iii) as informações sobre finalidades relacionadas à exploração sexual, adoção ilegal, tráfico de pessoas, submissão a qualquer tipo de servidão ou situação análoga à de escravo, ou remoção de órgãos; iv) as informações disponíveis para determinar potencial necessidade proteção internacional, tais como o fundado temor de perseguição por perseguição odiosa ou a situação de agressão ou ocupação externa, dominação estrangeira, acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública e/ou violência generalizada, com especial atenção à questão de identidade de gênero e orientação sexual— que potencialmente se subsumem à categoria do refúgio (art. 11). Assim, cabe à DPU, a partir da entrevista individual realizar a análise de proteção, ficando responsável pelos procedimentos de regularização migratória, e solicitação de demais documentos (art. 12). Nessa perspectiva, a DPU deve, finalmente, indicar a possibilidade de, mediante consulta realizada à criança: i) retorno à convivência familiar, conforme parâmetros de proteção integral e atenção ao interesse superior da criança e do adolescente; ii) medida de proteção por reunião familiar; ii) proteção como vítima de tráfico de pessoas ou iii) outra medida de regularização migratória, ou proteção como pessoa em situação de refúgio ou apatridia (art. 13, I, II, III, IV).

Vella e Friedrich notam que, por diversas vezes, ao longo do texto, o documento faz menção à sua aplicabilidade nas áreas de *fronteira* nacional e menciona a entidade migratória receptora como “*autoridade de fronteira*”. Nesse aspecto, as autoras salientam, entretanto, que em que pese o documento pareça restringir seus efeitos e procedimentos às áreas de fronteira, “*entende-se incorreto estabelecer um critério de delimitação territorial para aplicabilidade da resolução. Sobretudo em razão de que (...) casos envolvendo crianças e adolescentes desacompanhados ou separados não se restringem a esses locais*”⁵³⁷. No mesmo sentido, as autoras observam que, uma vez que o art. 16 do documento dispõe que o Defensor Público da União tem competência também para apresentar pedidos de regulamentação migratória ou ainda solicitação de documentos e atos para a proteção da criança e do adolescente que se encontrem em território de jurisdição brasileira, interpreta-se, de fato que,

⁵³⁷ CRUZ, Vella Taís; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **A criança refugiada desacompanhada ou separada: uma análise do panorama contemporâneo e dos aspectos da prática brasileira.** In: Publicatio UEPG Ciências Sociais Aplicadas, 2018, p. 31.

apesar da aparente delimitação territorial, não existem impedimentos para a aplicação da resolução em outros locais que não aqueles de fronteira⁵³⁸.

Após a publicação do documento, uma vez estabelecido o procedimento protocolar disposto pela Resolução, e compreendida, à luz do art. 13, IV a necessidade de proteção como pessoa refugiada, desenha-se na prática brasileira um novo paradigma norteador da identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhadas.

No caso da identificação de crianças que demonstram fazer jus à proteção enquanto refugiadas, o novo paradigma parece eliminar a dúvida no sentido de que a designação de guarda ou suprimimento judicial não é fator condicionante para o pedido de solicitação de refúgio por menor desacompanhado ou separado, porém é parte integrante e paralela do processo de proteção e identificação da criança:

verifica-se que não subsiste o argumento da ausência de capacidade ou representante legal para impedir que a criança ou adolescente desacompanhados ou separados inicie o procedimento para obtenção do *status* de refugiada.⁵³⁹

Nesse sentido, é possível concluir que se o procedimento estabelecido na Res. Conj. parece ter, ao menos pelo momento, estabelecido algumas balizas no que diz respeito ao processo de identificação da criança separada e desacompanhada solicitante de refúgio, também o faz com relação às crianças cujo *status* migratório não é o do refúgio. A nova lei de migração brasileira, *per se*, faz menção expressa à garantia do princípio da proteção integral e atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente migrante como princípio e diretriz da política migratória brasileira (art. 3, XVII). Parece, nesse sentido, se coadunar com as premissas de proteção à criança migrante estabelecidas no plano internacional. Ademais, a observância do princípio do melhor interesse da criança se mostra compatível com a compreensão da criança como sujeito de direitos.

Nessa linha, não obstante a tendência do cenário internacional ser marcada por lacunas e inconsistências no que diz respeito à temática, o ordenamento jurídico brasileiro parece reconhecer a particularidade e especificidade da categoria jurídica da criança que cruza sozinha fronteiras internacionais, a despeito de possuir um fundado temor de perseguição ou não. Isso porque a nova Lei de Migração prevê a concessão de autorização de residência na

⁵³⁸ CRUZ, Vella Taís; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. op. cit., p. 31.

⁵³⁹ Idem.

hipótese de criança nacional de outro país ou apátrida, desacompanhada ou abandonada, que se encontre nas fronteiras brasileiras ou em território nacional (art. 30, II, f).

Desse modo, o art. 157 do Decreto n. 9.199, que regulamenta a Lei de Migração, estabelece que

a autorização de residência poderá ser concedida à criança ou ao adolescente nacional de outro país ou apátrida, desacompanhado ou abandonado, que se encontre em ponto de controle migratório nas fronteiras brasileiras ou no território nacional.⁵⁴⁰

O dispositivo assinala que a avaliação da solicitação de autorização de residência ou a possibilidade do retorno à convivência familiar devem considerar o melhor interesse da criança (art. 157, § 1). Estabelece o decreto que o prazo da autorização de residência concedida à criança migrante vigora até que ela atinja a maioridade (art. 157, § 3), hipótese na qual, havendo interesse em permanecer no país, a criança — então adulta — deve comparecer às autoridades migratórias para formalizar pedido de alteração do prazo de residência para indeterminado (art. 157, § 4).

Em que pese o emprego da terminologia “*crianças abandonadas*”, que causa certa preocupação e estranheza, à luz da construção teórica trilhada até aqui, no cenário brasileiro parece correto afirmar que ao menos em tese, a própria ontologia do sujeito em investigação é capaz de lhe garantir *status* migratório próprio e lhe salvaguardar, em consonância com os ditames de proteção internacional e com as diretrizes elaboradas por organizações centrais ao tema, como as outrora observadas.

Ainda que a proteção e a compreensão da categoria jurídica se apresente incrustada ao enunciado fundante da política migratória brasileira, e que, por si só, represente um salto qualitativo em uma abordagem calcada na ótica de direitos humanos, a partir da acolhida voltada à hospitalidade, o presente trabalho alerta, finalmente, para necessidade da constante revisita às experiências casuísticas relativas ao tema, uma vez que dão margem a uma possível tendência à incompreensão do sujeito e da proteção que lhe é cabível, a despeito dos enunciados jurídicos e da racionalidade que lhes fundamenta, especialmente em um momento político marcado por instabilidades. Trata-se de verificar se a compreensão do sujeito ocorre para além do direito posto e se perpassa também na percepção e prática dos aplicadores da

⁵⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 9199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, 20 nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

lei. No esforço chamar atenção para possíveis encruzilhadas entre uma nova ótica da política migratória, direitos humanos, compreensão da categoria jurídica de crianças separadas e desacompanhadas, apresenta-se, à guiza de epílogo, um caso ilustrativo.

*

*“Diante da Lei está um guarda. Vem um homem do campo e pede para entrar na Lei. Mas o guarda diz-lhe que, por enquanto, não pode autorizar-lhe a entrada. O homem considera e pergunta depois se poderá entrar mais tarde. – ‘É possível’ – diz o guarda. – ‘Mas não agora!’”*⁵⁴¹. Diante da Lei está um guarda. Vem uma menina — de alhures — e pede para entrar na Lei. Mas o guarda diz-lhe que, por enquanto, não pode autorizar-lhe a entrada. A menina considera e pergunta depois se poderá entrar mais tarde. – *“É possível”* – diz o guarda. – *“Mas não agora!”*.

A menina veio do continente africano. Nasceu em Luanda, Angola. Deixou seu país de origem e nacionalidade acompanhada de uma senhora que costumava ser sua vizinha. De lá não saiu por ter sido perseguida e tampouco vítima de exploração. Tinha o Brasil como seu local de destino por motivos específicos: o de finalizar seus estudos e o de garantir uma vida melhor em comparação à que potencialmente teria em Luanda. Sempre quis chegar ao Brasil e assim que a mãe conseguir reunir dinheiro para comprar sua passagem e proceder aos trâmites de emissão do visto — de turista —, deu início à empreitada. Aqui chegaram quando a menina completava 17 anos.

Em terras brasileiras, se estabeleceram na cidade de São Paulo. Enquanto a senhora passava dias inteiros fora, a menina lhe aguardava em casa. Três meses se passaram e a senhora lhe pediu para que arrumasse seus pertences. Iriam embora. Saíram de casa, caminharam até determinado ponto da cidade. Lá chegando, a senhora lhe disse para adentrar sozinha em uma sala de porta azul. Saindo da sala, nunca mais a menina encontrou a senhora. Se encontrava, assim, desacompanhada e indocumentada.

Sozinha e em desespero, recebeu orientação de um transeunte para que se encaminhasse a um dos serviços de assistência social oferecidos pelo município. Assim a menina recebeu acolhimento e um novo lar. Ali, a menina mantinha contato via aparelho celular e redes sociais com seus pais. Desde que abrigada, criou laços no Brasil — à época, estava estudando e recebendo formação profissional, aulas de teatro e esportes. Estava tendo acesso a atividades de desenvolvimento humano às quais não teria acesso em seu país de origem. Faltavam-lhe, contudo, seus papéis.

⁵⁴¹ KAFKA, Franz. **Diante da lei**. In: Franz Kafka Essencial. São Paulo: Companhia das Letras.

*“O homem do campo não esperava tantas dificuldades. A Lei havia de ser acessível a toda a gente e sempre, pensa ele.”*⁵⁴² A menina não esperava tantas dificuldades. A Lei havia de ser acessível a toda a gente e sempre, pensava ela. Contudo, não foi.

*

No caso, em aplicação dos ditames previstos pela Res. Conj. 01/17, o membro designado da DPU iniciou a entrevista de proteção, a partir do qual pode avaliar as circunstâncias da entrada no território brasileiro, sua situação no país de origem, os motivos que a levaram deixar Angola, a participação de outrem em sua trajetória, sua intenção de permanecer no país, seu desejo de retorno ao país de origem e o eventual medo de regressar à Angola. Na oportunidade, também conforme dita a Res. Conj. 01/17, o membro procedeu à averiguação preliminar do caso, avaliando sua idade, saúde física e mental. Tendo em vista que não foi forçada a deixar o país de origem e tampouco manifestou temor em a ele regressar, diante das possíveis necessidades de proteção — retorno à convivência familiar, medida de proteção por reunião familiar, proteção como vítima de tráfico de pessoas, outra medida de regularização migratória, ou proteção como refugiado ou apátrida — o membro da DPU compreendeu que a menina faria jus a possuir autorização de residência para crianças estrangeiras desacompanhadas no território nacional, conforme prevê o art. 30, II, f, da Lei de Migração, regulamentado pelo art. 157 do Decreto 9.199/97.

O pedido, entretanto, não foi processado ante o DELEMIG. O motivo alegado foi a ausência de regulamentação específica sobre os documentos necessários para a instrução do pedido, conforme determinação do § 5º do art. 157. Ora, o ato ainda não fora publicado. Ocorre, entretanto, que o decreto encontrava-se vigente desde 21/11/2017, de forma que o dispositivo legal estava pendente de regulação há meses, em flagrante violação aos direitos da criança desacompanhada que acabava por permanecer em situação de ainda maior vulnerabilidade.

Por meio de mandado de segurança⁵⁴³, em meados de março de 2018, pleiteou-se pelo exercício do direito de solicitar autorização de residência e regularizar sua permanência no território nacional com base no art. 30, II, f, da Lei de Migração, uma vez que a autoridade policial não procedeu ao processamento do pedido de autorização de residência.

⁵⁴² KAFKA, Franz. op. cit.

⁵⁴³ Impetrado contra ato coator do Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, no âmbito da 22ª Vara Cível Federal de São Paulo. (BRASIL. Justiça Federal da 3ª Região. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.)

Apreciando o pedido, em caráter liminar, o magistrado entendeu que a documentação apresentada pela menina era insuficiente para comprovação do direito de residir no Brasil, uma vez considerando-se que se tratava de menor de idade e não demonstra possuir condições de manter seu próprio sustento:

Com efeito, cotejando as alegações da impetrante com a documentação carreada aos autos, entendo esta insuficiente para a comprovação de plano do direito de residência da impetrante no Brasil, ainda mais em se considerando que é menor de idade e não demonstrou que possui condições de manter seu próprio sustento no País.⁵⁴⁴

Ainda, uma vez que a menina ingressou no Brasil com visto de turista, o magistrado não entendeu ser prudente a concessão de sua residência no país, a despeito do previsto em lei, uma vez que compreendeu que as hipóteses em que a residência para menores estrangeiros ainda não se encontravam esclarecidas:

A impetrante entrou no Brasil com visto de turista e nesse momento, não entendo prudente a concessão de sua residência no País, com base no art. 30, II, “f”, da Lei no 13.445/17, o que somente poderá ser devidamente analisado após a vinda das informações, que esclarecerá as hipóteses em que a residência para menores estrangeiros desacompanhados pode ser deferida.⁵⁴⁵

Não compreendeu o magistrado que justamente o fato de ser “*menor de idade*” – a ontologia do sujeito – é o que conferia à menina o suporte fático vinculado ao direito de obter autorização de residência e regularização migratória. Seria uma incoerência e contradição supor que o fato previsto em lei — justamente para reconhecer a categoria jurídica — seja argumento para a não incidência legal. Ainda, não qualquer previsão na lei de migração ou no decreto que regulamenta a lei sobre o requerimento de possuir condições de manter seu próprio sustento no país. Ora, ser migrante criança ou adolescente e estar desacompanhado em território nacional é a hipótese *per se* de deferimento de residência para o migrante⁵⁴⁶, sem qualquer outro condicionante.

Por outro lado, a partir de outra leitura, a Procuradoria-Regional da União compreendeu a situação como pretenso “*ânimo de burla*” ao regime migratório, que teria se

⁵⁴⁴ BRASIL. Justiça Federal da 3a Região. Decisão. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.

⁵⁴⁵ BRASIL. Justiça Federal da 3a Região. Decisão. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.

⁵⁴⁶ BRASIL. Justiça Federal da 3a Região. Embargos de declaração. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.

iniciado desde o momento em que a menina se apresentou à representação consular brasileira para postular visto de turismo com a intenção de vir ao Brasil. Compreendeu a Procuradoria que o intuito da proteção outorgada pela Lei de Migração é o de conservar crianças que são afastadas da convivência de seus pais ou responsáveis contra sua vontade — mencionou, inclusive os exemplos de situações de desastres ou conflitos armados que provocam o deslocamento forçado. A Procuradoria concebeu, nesse sentido, que o dispositivo funciona como complemento do instituto do refúgio, já que inexistente previsão legal para que crianças requeiram a proteção internacional em nome próprio⁵⁴⁷. Desse modo, interpretou que tal não seria o caso da menina, que supostamente embarcou voluntariamente para sua viagem ao Brasil e que optou por não reatar os laços com os familiares. Ante as leituras até aqui realizadas, nada mais equivocado.

Em momento posterior, a mesma parte levantou o argumento de que a lei ainda não se torna exequível quando não editado ato regulamentar — que funciona como condição suspensiva de exequibilidade da lei⁵⁴⁸.

Aventou, ainda, que extrapola às atribuições inerentes ao Poder Judiciário impor à Administração Pública a adoção de procedimentos não previstos na lei, uma vez que a finalidade da Administração é propiciar o bem comum, agindo de acordo com as normas jurídicas e dentro da moral administrativa — “*sendo-lhe defeso atuar com discricionariedade nas hipóteses em que a lei não lhes reconhece margem para ajustamentos à sua conveniência e à sua oportunidade*”⁵⁴⁹.

No interim do processo, a menina completou 18 anos, o que denotou perda superveniente do interesse processual, já que a norma é clara no sentido de que autorização de residência vigora até o momento em que a pessoa migrante atinge a maioridade, hipótese em que, caso ainda haja o interesse em permanecer no Brasil, é necessário formalizar pedido de alteração do prazo de residência por tempo indeterminado. Sua compreensão enquanto titular de uma categoria jurídica própria, à luz do examinado ao longo do trabalho, não foi aventada pelos aplicadores da lei.

⁵⁴⁷ BRASIL. Justiça Federal da 3a Região. Manifestação n. 02. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.

⁵⁴⁸ Nesse sentido constou: “A eficácia da lei a ser regulamentada resta suspensa, porque a sua aplicabilidade reclama pela integração promovida pelo regulamento administrativo determinado pelo Legislador Ordinário. Em sendo assim, a norma legal não se encontra completa, pelo que manifesta cláusulas ainda “abertas” e “indefinidas””. (BRASIL. Justiça Federal da 3a Região. Manifestação n. 02. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.)

⁵⁴⁹ Idem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento atual da política migratória brasileira parece ter finalmente veiculado os princípios constantes dos blocos de constitucionalidade e convencionalidade, recepcionando a compreensão de que o fenômeno das migrações implica em variadas causas e efeitos e abarca um trajeto que altera a subjetividade do sujeito que o faz, e que, portanto, deve se manter sensível aos complexos aspectos atinentes às migrações, especialmente aquelas realizadas por pessoas em situação de vulnerabilidade.

Partindo dessa asserção, o trabalho buscou investigar se, no que diz respeito à compreensão da categoria jurídica da criança migrante separada e desacompanhada, a política migratória brasileira efetivamente concebe que a própria ontologia do sujeito – tendo em vista seu contexto, suas particularidades e vulnerabilidades – é capaz de lhe garantir status migratório próprio e lhe salvaguardar. Para tanto, no esforço de melhor assentar as chaves de compreensão acerca da situação em que uma criança migra solitária, o trabalho se estruturou a partir de três eixos: *o fenômeno* – a migração –, *o sujeito* migrante – a criança que cruza sozinha fronteiras internacionais –, e *a proteção* conferida a esse sujeito, colocada aqui à prova.

Assim, o primeiro capítulo tencionou abordar o fenômeno da mobilidade humana a partir de uma perspectiva de direitos humanos, partindo da necessária premissa de que direitos humanos são direitos históricos, germinados em determinadas circunstâncias, cujo conteúdo é passível de aperfeiçoamento. Assim, o tema foi discutido a partir da concepção contemporânea de direitos humanos, que, a despeito das críticas a ela lançadas e não ignoradas pelo trabalho, trouxe como resultado a internacionalização dos Direitos Humanos e a humanização do Direito Internacional e um consequente repensar da soberania estatal, a partir da necessidade de uma reconstrução dos direitos humanos de forma a nortear a ordem internacional a partir do paradigma referencial ético da dignidade da pessoa humana.

O pressuposto inicial, portanto, é a consagração das premissas da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos. Nesse sentido, observou-se que a concepção contemporânea de direitos possibilitou conferir uma dimensão internacional inédita aos direitos humanos. Observou-se que o direito humano básico a migrar, especialmente no que diz respeito às migrações realizadas por pessoas em situação de vulnerabilidade, desafia as bases da proteção internacional dos direitos humanos.

Pontuou-se, nesse sentido, o paradoxo hodierno de que se há um direito humano básico relativo ao direito de sair de um país, contudo não há positivado o correlato direito de

entrar noutro, a não ser o seu próprio. Observou-se que, num cenário marcado pela globalização, se por um lado, a regulação e restrição da mobilidade humana se encrudesce, a mobilidade de matéria prima, bens, capitais e serviços e informação tende a encontrar fronteiras cada vez mais porosas e acolhedoras. Nesse sentido, observou-se que o tema das migrações pressupõe uma visão holística dos direitos humanos, a fim de superar o paradoxo apontando e considerar, sobretudo, que a migração de pessoas em situação de vulnerabilidade é resultado da violação – ou ameaça de violação – de direitos humanos.

Enquadrando a temática no plano doutrinário, observou-se que uma visão rigorosamente compartimentalizada dos três eixos de proteção à pessoa humana — Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados — padece diante de uma abordagem mais recente, que vislumbra uma unidade de propósitos entre as três vertentes, guiadas por um objetivo único: a salvaguarda do ser humano. Nesse sentido, reiterou-se a necessária aproximação entre os três grandes eixos de proteção à pessoa humana nos planos conceitual, normativo e hermenêutico.

Partiu-se então para o desvelamento de três conceitos encruzilhados que encontram-se na intersecção do fenômeno da migração de crianças separadas e desacompanhadas e separadas e que por vezes levantam questionamentos: a migração, o refúgio, o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes.

Observou-se que o momento migratório atual no cenário internacional revela novas tendências, que variam desde os locais de origem e destino, à amplitude geográfica coberta pelos trajetos e, sobretudo, aos perfis dos indivíduos que se deslocam – mulheres, deslocados por razões ambientais, crianças separadas e desacompanhadas, por exemplo. Buscou-se fazer menção às tipologias frequentemente empregadas nos estudos relativos às migrações, estabelecendo-se principalmente a diferenciação entre a migração considerada voluntária e a migração dita forçada. Sob égide da nova Lei de Migração, no contexto brasileiro, buscou-se pincelar diferenças conceituais e modalidades de categorias que conferem a uma pessoa o direito de permanecer em território brasileiro. Ponderou-se, ainda, que a inexistência de instrumento de proteção internacional amplo que regule a conduta dos Estados a respeito do fenômeno migratório contribui para alargar a margem de discricionariedade dos Estados no que diz respeito à porosidade de suas fronteiras.

Pontuou-se que o refúgio é capturado pelo Direito com um conteúdo específico, uma vez que dotado de elementos que demarcam sua especificidade dentro da temáticas das migrações forçadas, tais quais a extraterritorialidade, o risco genuíno, o fundado temor de perseguição e a necessidade de proteção. Realizados alguns apontamentos sobre a

internalização dos ditames da Convenção de 51 no Brasil, a partir da Lei n. 9.474/97, foram tecidas algumas críticas ao regime de proteção internacional dos refugiados, no sentido de que se mostra obsoleto e eurocêntrico. Ainda relacionado diretamente ao instituto do refúgio, uma seção específica direcionada à garantia do princípio do *non-refoulement* foi aberta, apontando-se práticas que podem remontar à devolução e sublinhando-se que a aplicabilidade do princípio transcende a seara do Direito dos Refugiados, em nítida aplicação conceitual, normativa e prática da complementariedade entre as vertentes de proteção da pessoa humana. Buscou-se ao final do capítulo desmistificar as concepções pré-definidas das figuras do tráfico de pessoas e do contrabando de migrantes, delinear seus contornos — o caráter de exploração daquele e o caráter comercial deste — e sobretudo assinalar que uma distinção conceitual estanque entre os dois conceitos é irreal.

Partindo para o segundo eixo do trabalho – a compreensão do sujeito – almejou-se, em um primeiro momento, compreender a forma como a sociedade ocidental enxergou a criança ao longo dos anos, para então ligar a isso à forma como o Direito passou a compreendê-la como sujeito de direitos. O intento, nesse sentido, foi o de perceber os lugares da infância. Partiu-se, a despeito das críticas, da chave de compreensão examinada por Ariés, que concluiu que o sentimento de infância é uma criação da Europa moderna. Observou-se que, de acordo com o autor, por muito tempo desconhecia-se a infância, ou pelo menos, tentava-se não representá-la, sendo que sua “*descoberta*” se desenvolveu somente a partir do século XVI. Algo similar foi observado no campo da Sociologia, que somente a partir da construção de um novo paradigma enfatiza a noção de agentes capazes de trazer significação em sua relação com os adultos e outras crianças. Nessa linha, dois arquétipos apresentados por Jenks são analisados, visando-se compreender outras chaves mentais para a compreensão do sujeito pela sociedade ocidental.

A partir do esboço da compreensão do sujeito, através das premissas levantadas com relação aos chamados “*lugares da infância*”, foi possível compreender a captura da infância pelo Direito. Almejou-se pontuar a inauguração, no plano internacional, de um paradigma inspirado na compreensão da criança como verdadeiro sujeito de direitos, norteador pelo melhor interesse da criança, com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e no plano interno, de um correlato aparelho normativo, a partir dos preceitos da Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Estabeleceu-se a distinção conceitual entre crianças desacompanhas e crianças separadas, não deixando de aludir também aos conceitos de crianças isoladas, mal acompanhadas e migrantes independentes. Salientou-se que a categoria jurídica das crianças

migrantes separadas e desacompanhas, fruto de combinação complexa de causas e fatores de expulsão, constitui um bom exemplo das contradições e dos limites à aplicação e eficácia dos direitos humanos, uma vez que com ela o elemento da soberania dos Estados é colocado à prova.

Em um subitem na continuidade do capítulo, observou-se que o elemento idade não é expressamente mencionado na Convenção de 1951, ou no Protocolo Adicional, de 1967, como fundamento específico para a concessão do status de pessoa refugiada. A despeito disso, ponderou-se que uma gama de circunstâncias intrinsecamente relacionadas ao recorte etário podem levar à perseguição. Assim, sobre as crianças separadas e desacompanhadas em situação de refúgio, ponderou-se que se incompreendidas as circunstâncias específicas que impulsionam seu deslocamento forçado, pode-se incorrer no erro de vislumbrar a figura da criança refugiada exclusivamente à luz do adulto, e não por si mesma. Visando delinear alguns aspectos particulares da situação de refúgio de crianças separadas e desacompanhadas, buscou-se esboçar os contextos que ensejam seu reconhecimento como refugiadas a partir de três tipologias de perseguição apontadas por Bhabha.

Partindo para uma tentativa no sentido da compreensão da categoria da criança migrante separada e desacompanha, salientou-se que a atenção dada à ela – que costumava ser reputada como um anexo de sua família –, especialmente no campo doutrinário, era acanhada. Nesse sentido, era frequente atrelar-se sua condição ao refúgio. Observou-se que somente com o advento de novas percepções ficou mais aparente que crianças migrantes separadas ou desacompanhadas não necessariamente pertenciam à categoria do refúgio, mas se traduziam em migrantes levados a cruzar fronteiras internacionais em razão de um conjunto de fatores complexos, muitas vezes desvinculados de qualquer temor de perseguição. Nesse sentido, destacou-se que o reflexo dessa nova percepção deu-se também no plano lexical. Sublinhou-se que os ordenamentos jurídicos invariavelmente tendem a vincular a temática da migração de crianças não acompanhadas a três abordagens: punitivista, de regulamentação ou de direitos humanos.

Ponderou-se que a migração independente de crianças pode acontecer por razões diversas, que se aproximam ou não da situação de refúgio, e que, a despeito dos motivos que as levam a cruzar fronteiras internacionais, de diferenças demográficas e culturais, muitas crianças migrantes compartilham de riscos comuns, tais como a própria menoridade, a alienação e invariavelmente seu status migratório irregular, capaz de lhe tolher direitos humanos básicos. Refletiu-se que não obstante os motivos potencialmente comuns aos dos

adultos que levam uma criança a migrar sozinha, os paradoxos dos fenômenos da globalização e da migração refletem no contexto migratório de crianças de forma particular.

Adentrando ao terceiro eixo do trabalho, delineou-se os contornos da proteção internacional conferida à criança, partir dos ditames da Convenção sobre os Direitos das Crianças. Sobre a proteção da criança migrante separada e desacompanhada, ante a ausência de um instrumento específico para sua proteção, destacou-se os esforços empreendidos pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, a partir do Comentário Geral n. 06/2005, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do Parecer Consultivo n. 21/2014, buscando-se delinear, em especial, as recomendações atinentes aos procedimentos de identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhas. Observou-se que a despeito do aparato normativo de proteção e das recomendações emitidas tanto por parte do Comitê sobre os Direitos das Crianças e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, prevalece ao redor do globo a tendência para a aplicação de algumas práticas inconsistentes e que implicam em óbice na identificação da situação jurídica da criança migrante separada e desacompanhada. Nesse sentido, pensando na efetivação dos standards de proteção à criança, recorreu-se à investigação de três diretrizes, elaboradas, respectivamente pelo ACNUR, pelo CICV e pelo IPPDH, em parceria com a OIM, para lançar luz à práticas aplicáveis ao estabelecimento de critérios e ações para a adequada identificação de crianças migrantes separadas e desacompanhadas e sua correlata necessidade de proteção internacional.

O capítulo final buscou esboçar a estrutura da proteção internacional da criança, sobretudo sob os ditames da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e salientando dois esforços empreendidos para a proteção da criança migrante separada e desacompanhada: o Comentário Geral n. 06/2005, do Comitê sobre os Direitos da Criança, e o Parecer Consultivo n. 21/2014, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. À luz de uma breve análise do arcabouço protetivo em âmbito internacional, destacou-se algumas práticas, de forma geral observadas como tendências ao redor do globo no tratamento dispensado à crianças migrantes separadas e desacompanhadas, particularmente no momento de sua identificação inicial, quando da chegada ao país de destino. Na tentativa de lançar luz à práticas desejáveis a serem adotadas pelos Estados, esquadrinhou-se os contornos das diretrizes elaboradas pelo ACNUR, pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, e pelo o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) em parceria com a Organização Internacional para as Migrações (OIM).

Finalmente, à luz dos debates teóricos lançados por Cernadas, Garcia e Salas e Bhabha, acerca das posturas de dupla invisibilidade e ambivalência, respectivamente, por

parte dos Estados acerca da temática, rascunhou-se a recente experiência brasileira na identificação e proteção à criança migrante separada e desacompanhada. Buscou-se, desse modo, localizar o tema na experiência brasileira e submeter a racionalidade da política migratória à prova: se efetivamente se encontra direcionada ao horizonte dos direitos humanos e em concordância com os ditames da proteção internacional à criança migrante.

Em um primeiro momento, nesse sentido, se fez referência ao acesso à solicitação de refúgio por parte de crianças separadas e desacompanhadas, às quais, até o advento da Res. Conj. 01/2017 não era permitido acesso à solicitação de refúgio por si próprias. Observou-se que o procedimento estabelecido na Res. Conj. parece ter estabelecido algumas balizas no que diz respeito ao processo de identificação da criança separada e desacompanhada solicitante de refúgio e também o fez com relação às crianças cujo *status* migratório não é o do refúgio. Nesse sentido, concluiu-se que a nova Lei de Migração brasileira, ao prever a hipótese de concessão de autorização de residência na circunstância em que uma criança nacional de outro país ou apátrida, encontra-se desacompanhada (ou abandonada), reconhece a particularidade e especificidade da categoria jurídica da criança que cruza sozinha fronteiras internacionais. Nesse sentido, concluiu-se que a política migratória brasileira parece se coadunar com as premissas de proteção à criança migrante estabelecidas no plano internacional. Finalmente, à guiza de epílogo, a partir de um caso ilustrativo, o trabalho alertou para a necessidade da constante revisita às experiências casuísticas relativas ao tema, a fim de se evitar um sistema protetivo meramente em tese e uma possível incompreensão do sujeito e da proteção que lhe é cabível.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **A Framework for the Protection of Children**. Genebra: Acnur, 2012.

ACNUR. **Conclusion on Children at Risk No. 107 (LVIII)**. Genebra: Acnur, 2007.

ACNUR. **Conclusion on Women and Girls at Risk No. 105**. Genebra: Acnur, 2006.

ACNUR. **Global Trends: Forced Displacement in 2017**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5b27be547/unhcr-global-trends-2017.html> Acesso em: 12 dez. 2018.

ACNUR. **Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Acnur, 2009.

ACNUR. **Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum**. Genebra: Acnur, 1997.

ACNUR. **Guidelines on Refugee Children**, Genebra: Acnur, 1988.

ACNUR. **Opinião Consultiva sobre a Aplicação Extraterritorial das Obrigações de Non-Refoulement à Luz da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967**. In: JUBILUT, Liliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. (Orgs.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei n. 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado**: de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 Relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra.

ACNUR. **Refugee Children: Guidelines on Protection and Care**, Genebra, 1994.

ACNUR. **Summary Note on UNHCR's Strategy and Activities Concerning Refugee Children**. Genebra: Acnur, 2002.

ACNUR. **UNHCR Accountability Framework for Age, Gender and Diversity Mainstreaming**. Genebra: Acnur, 2007.

ACNUR. **UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child**. Genebra, 2008.

ACNUR. **Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees**. Genebra: Acnur, 2009.

ACNUR. **UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation**. Genebra: Acnur, 2009.

ACNUR. **UNHCR Handbook for the Protection of Women and Girls**. Genebra: Acnur, 2008.

ACNUR. **UNHCR Policy on Refugee Children**. Genebra: Acnur, 1993.

ACNUR. **Summary Note on UNHCR's Strategy and Activities Concerning Refugee Children**. Genebra: Acnur, 2002.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

ASIAN-AFRICAN LEGAL CONSULTATIVE ORGANIZATION (AALCO). **Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees ("Bangkok Principles")**. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/3de5f2d52.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BETHELEM, Daniel; LAUTERPACHT, Elihu. **The scope and content of the principle of**

the non-refoulement: opinion. *In*: FELLER, Erika; TURK, Volker; NICHOLSON, Frances (eds.). **Refugee protection in international law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 87-181.

BEDFORD, Richard. **Contemporary patterns of international migration**. *In*: OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). **Foundations of International Migration Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 17-55.

BHABHA, Jacqueline. **Child Migration and Human Rights in a Global Age**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2014.

BHABHA, Jacqueline. **Independent Children, Inconsistent Adults: International Child Migration and the Legal Framework**. Innocenti Discussion Paper no. IDP 2008-02. Florence: UNICEF-IRC, 2008.

BHABHA, Jacqueline. **Women, children and other marginalised migrant groups**. *In*: OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). **Foundations of International Migration Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BHABHA, Jacqueline; ZARD, Monette. **Smuggled or trafficked?** *In*: **Forced Migration Review** n. 25. Oxford: Refugee Studies Centre, 2006, p. 06-08.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRECHT, Berthold. **A cruzada das crianças**. São Paulo: Pulo do Gato, 2014.

BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção Sobre Os Direitos das Crianças**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 23 mai. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Brasília, 15 abr. 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9199, de 20 de novembro de 2017**. Regulamenta a Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração. Brasília, 20 nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Justiça Federal da 3ª Região. Mandado de segurança n. 5006611-62.2018.4.03.6100. 20/03/2018.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. **Lex**. Brasília, 22 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 06 de out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. **Lex**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, Departamento de Migrações Coordenação-Geral de Assuntos de Refugiados, Comitê Nacional para os Refugiados. **Resolução Conjunta n. 01 de 9 de agosto de 2017**. Diário Oficial da União, 18 ago. 2017, nº 159, Seção 1.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **El desarraigo como problema humanitário y**

derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. *In:* Derecho internacional humanitário y temas de áreas vinculadas. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Elementos para un enfoque de derechos humanos de los flujos migratorios forzados.** Guatemala, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana:** direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

CASAGRANDE, Melissa Martins. **Refugiados:** proteção universal sob a perspectiva da aplicação transistêmica do Direito Interno e do Direito Internacional. *In:* Revista Jurídica da Presidência, v. 19 n. 117. Brasília, 2017, p. 125-147.

CASTLES, Stephen; DE HAAS, Hein; MILLER, Mark. **The Age of Migration:** International Populations Movements in the Modern World. Nova Iorque: Palgrave MacMillan, 2014.

CERNADAS, Pablo Ceriani; GARCÍA, Lila; SALAS, Ana Gómez. **Niñez y adolescencia en el contexto de la migración:** principio, avances y desafíos en la protección de sus derechos en américa latina y el caribe. *In:* Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana. Brasília, Ano XXII, n. 42, p. 9-28, 2014.

CHETAIL, Vincent. **Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international.** *In:* HCR (délégation pour la France); INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. La Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au Statut des réfugiés 50 ans après: Bilan et perspectives. Bruylant, 2001.

CHIMNI, Bhupinder. **The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South.** *In:*

Journal of Refugee Studies. Oxford University Press, 1998, p. 350-374.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Parecer Consultivo OC-21/2014**, de 19 de agosto de 2014, solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e Garantias de Crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf Acesso em 04 de set. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados**. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2015.

COMITÊ SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS, **General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin**, 2005, CRC/GC/2005/6. Disponível em< <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

CRUZ, Vella Taís; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **A criança refugiada desacompanhada ou separada: uma análise do panorama contemporâneo e dos aspectos da prática brasileira**. In: Publicatio UEPG Ciências Sociais Aplicadas, 2018, p. 22-32.

CUNHA, André Godinho; FURQUIM, Angelica. **Políticas migratórias no estado do Paraná: o desafio ante a proteção de crianças e adolescentes migrantes desacompanhados e separados**. In: CUNHA, André Godinho; SILVA, Aline Oliveira Gomes da; OLIVEIRA, Diogo Mariano Carvalho de (Orgs.) Pesquisas em direitos humanos, políticas públicas e educação. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 93-118.

DE PAULA, Bruna Vieira. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana:** direito internacional dos refugiados e o princípio do non-refoulement. *In:* Fronteira, Belo Horizonte, V. 5, N. 9, p. 31-65, jun. 2006, p. 32.

DE PAULA, Bruna Vieira. **O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados.**

DE PAULA, Vera Cecília Abage; PRONER, Carol. **Convergência e complementariedade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos.** *In:* Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.8, n.8, jul/dez.2008

DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Dynamiques migratoires dans le monde.** Humanitaires, 2012, p. 68-73.

DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Faut-il ouvrir les frontières?**

DE WENDEN, Catherine Wihtol. **Les nouvelles migrations.** *In:* Revue Hommes & Libertés. N. 179. Paris: Ligue des Droits de l'Homme. 2017, p. 22-25.

EDWARDS, Alice. **Age and Gender Dimensions in International Refugee Law.** *In:* FELLER, Erika; VOLKER, Turk; NICHOLSON, Frances. Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FASS, Paula. **Is there a story in the history of childhood?** *In:* FASS, Paula (org.) The Routledge History of Childhood in the Western World. Nova Iorque: Routledge, 2013, p. 01-15.

FASSIN, Didier. **Humanitarian Reason: A Moral History of the Present.** Berkely: University of California Press, 2012, p. 133-157.

FERREIRA, Micaela Amorin; BORGES, Paulo César Corrêa. **Tráfico de Pessoas como Problema Internacional e Panorama Legislativo de Combate**. In: SCAMPINI, Stella Fátima. *Tráfico de Pessoas: Coletânea de artigos*. Brasília: Ministério Público Federal, 2. Câmara de Coordenação e Revisão, 2017, p. 20-36.

FILARDI, Marcos Ezequiel; DUBINSKY, Karina; MENDOS, Lucas Ramón. **El debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias**. In: LETTIERI, Martín (ed). *Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamerica*. Buenos Aires: EDUNLa Cooperativa - Universidad Nacional de Lanús, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

LADURIE, Emmanuel. Le Roy. **Montaillou, povoado occitânico, 1294-1324**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FURQUIM, Angelica. **A criança refugiada desacompanhada ou separada: non refoulement, melhor interesse da criança e a inversão do caráter protetivo na prática brasileira**. 2016, 88 f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito) Universidade Federal do Paraná, 2016.

GEDIEL, José Antônio Peres; CASAGRANDE, Melissa Martins. **A Migração Haitiana**

recente para o Brasil: bases teóricas e instrumentos políticos-jurídicos. *In:* Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, Dourados, v.4. n. 8, jul./dez., 2015, p. 97-110.

GOODWIN-GIL, Guy. **The International Law of Refugee Protection.** *In:* FIDDIAN-QASMIYEH, Elena; LOESCHER, Gil; LONG, Katy; SIGONA, Nando (org.). The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies, 2014.

GORLICK, Brian. **Refugee Protection in Troubled Times:** Reflections on Institutional and Legal Developments at the Crossroads. *In:* STEINER, Niklaus; GIBNEY, Mark; LOESCHER, Gil (org.). Problems of Protection: the UNHCR, Refugees and Human Rights. Londres: Routledge, 2003, p. 79-99.

HATHAWAY, James. **Refugees and Asylum.** *In:* OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). Foundations of International Migration Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 177-204.

HATHAWAY, James. **The Rights of Refugees under International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HERNÁNDEZ, Daniel Senovilla. **Analyse d'une catégorie juridique récente:** le mineur étranger non accompagné, séparé ou isolé. *In:* Revue européenne des migrations internationales. Vol. 30 - n° 1. Poitiers: Universidade de Poitiers, 2014.

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS HUMANOS DO MERCOSUL; ORGANIZAÇÃO PARA AS MIGRAÇÕES. **Iniciativas regionales para la identificación y atención de niños, niñas, y adolescentes migrantes.** Assunção, 2016. Disponível em: <<https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ROBUE-OIM%20025%20%2831%29.pdf>>. Acesso em 30 de out. 2017.

JACOB, Dolinger. **Direito Internacional Privado:** A Criança no Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no**

ordenamento jurídico. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Lyra Liliana; APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** In: Revista Direito GV. São Paulo, 2010, p. 275-294.

KAFKA, Franz. Diante da lei. In: Franz Kafka Essencial. São Paulo: Companhia das Letras.

KALVERBOER, Margrite; BELTMAN, Daan; VAN OS, Carla; ZIJLSTRA, Elianne. **The Best Interests of the Child in Cases of Migration:** Assessing and Determining the Best Interest of the Child in Migration Procedures. In: International Journal of Children's Rights.

KUKATHAS, Chandran. **Are Refugees Special?** In: FINE, S.; YPI, L. (org.). Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 249-268.

LE GOFF, Jacques. **A história deve ser dividida em pedaços?** São Paulo: Editora UNESP, 2014.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. **O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil:** Decisões comentadas do CONARE. N/i: N/i, 2007.

LEITE, Larissa. **O devido processo legal para refúgio no Brasil.** 2014. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (org.). **História dos Jovens.** São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética:** uma distinção necessária. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 5, n. 9. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999.

LÓPEZ-CONTRERAS, Rony Eulalio. **Interés superior de los niños y niñas:** definición y

contenido. *In*: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2015.

MACHADO, Rafael Yoshida. **Refúgio, proteção complementar e o acordo de residência para nacionais de países fronteiriços**: a recente migração forçada venezuelana para o Brasil. 2018, 72 f. Monografia (Curso de Bacharelado em Relações Internacionais) Centro Universitário Curitiba, 2018.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **O paradoxo da globalização e a migração infantil**: algumas reflexões. *In*: VASCONCELOS, Ana Maria Nogales; BOTECA, Tuíla. (orgs.) Política Migratória e o Paradoxo da Globalização. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. **Infância como Categoria de Perseguição?** Crianças Refugiadas e Proteção Internacional. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; LOPES, Rachel de Oliveira (Orgs.). Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA COMITÊ NACIONAL PARA OS REFUGIADOS. **Resolução Normativa nº 22, de 22 de outubro de 2015**. Adota o Formulário de Solicitação de Refúgio e o Formulário de Interposição de Recurso e altera a redação da Resolução Normativa nº 18 do Conare. Brasília, Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27036876_RESOLUCAO_NORMATIVA_N_22_DE_22_DE_OUTUBRO_DE_2015.aspx>. Acesso em: 4 jan. 2019.

OIM. **2015 Global migration trends factsheet**, 2016. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/global_migration_trends_2015_factsheet.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2019.

ONU. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

OUA. **Convenção da Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança**. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIOTROWICZ, Ryszard; REDPATH-CROSS, Jillyanne. **Human trafficking and smuggling**. In: OPENSKI, Brian; PERRUCHOUD, Richard; REDPATH-CROSS, Jillyanne (org.). **Foundations of International Migration Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 234-259.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PITA, Agni Castro. **Direitos Humanos e Direito Internacional dos Refugiados**. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós Edições, 2016.

PRIORE, Mary Del (org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2002.

PRIORE, Mary Del. **O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império**. In: PRIORE, Mary Del (org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo. Contexto, 2002. p. 84-106.

POBJOY, Jason. **The Child in International Refugee Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RAMINA, Larissa. **Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Geral e Direito Estatal:** breves apontamentos. *In:* RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Coleção Direito Internacional Multifacetado:** convergências e divergências entre ordens jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio:** semelhanças, diferenças e perspectivas. *In:* RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto e ALMEIDA, Guilherme Assis de. 60 anos de ACNUR. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do non-refoulement no direito dos refugiados:** do ingresso à extradição. *In:* Revista dos Tribunais, Ano 99, Vol. 892.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SCARANO, Julita. **Criança esquecida das Minas Gerais.** *In:* PRIORE, Mary Del (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo. Contexto: 2002.

SCHNOEBELEN, Jill. **Witchcraft allegations, refugee protection and human rights:** a review of the evidence. Genebra: Acnur, 2009.

SEVERO, Fabiana Galera. **O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos.** *In:* Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, 2015.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Para uma visão multicultural dos direitos humanos.** *In:* Contexto Internacional, vol. 1, n. 1, Rio de Janeiro: Contexto, 2001.

VAN BUEREN, Geraldine. **The International Law on the Rights of the Child.** Haia: Martinus Nijhoff, 1998.

ANEXO 1 – FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE PROTEÇÃO

Anexo I da Resolução Conjunta CONANDA, CONARE e CNIG e DPU

FORMULÁRIO PARA ANÁLISE DE PROTEÇÃO**I – INSTRUÇÕES**

Antes de preencher o formulário, leia atentamente as instruções a seguir.

- 1) Deverá ser preenchido um formulário para cada criança e adolescente desacompanhado ou separado.
- 2) O preenchimento do presente formulário será realizado por Defensor Público, conforme expresso pela Resolução Conjunta CONANDA, CONARE e CNIG e DPU.
- 3) É necessário o preenchimento de todas as perguntas. Nos casos em que a pergunta não se aplica ao caso concreto ou a informação não esteja disponível, escreva NÃO APLICÁVEL ou NÃO DISPONÍVEL. Não deixe respostas em branco.

II – DADOS DO DEFENSOR PÚBLICO

Nome Completo: _____

Documento de identificação: _____

Cargo: _____

Órgão: _____

Endereço: _____

Cidade/UF: _____

Telefone: _____ E-mail: _____

III – DADOS DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

A) Identificação da criança ou adolescente desacompanhado ou separado

Nome: _____

Data de Nascimento: _____ Gênero: _____

Nacionalidade: _____ País e cidade de nascimento: _____

Escolaridade: _____

Endereço no país de origem: _____

Endereço atual: _____

Telefone: _____ E-mail: _____

Fala o idioma português? _____ Outros idiomas que compreende: _____

Documento de viagem ou identificação: _____

Passaporte nº: _____

Outros documentos: _____

Filiação:

Nome da Mãe: _____

Residência da Mãe: _____

É viva? () Sim () Não

Nome do Pai: _____

Residência do Pai: _____

É vivo? () Sim () Não

B) Circunstâncias de entrada no Brasil:

Cidade de saída no país de origem: _____ Data: _____

Cidade de entrada no Brasil: _____ Data: _____

Meio de transporte: aéreo () marítimo () terrestre () Detalhes: _____

Já foi reconhecido como refugiado em outro país? () Sim () Não

Data em que foi reconhecido: _____ País em que foi reconhecido: _____

IV- SITUAÇÃO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE

A) Como era sua vida em seu país de origem, antes de você se separar de sua família?

B) Em que momento e por qual razão você deixou seu país e se separou de sua família?

C) Alguma situação forçou você a sair do seu país de origem?

() Sim. Que situação? _____

() Não

D) Alguém o ajudou a chegar até o Brasil?

() Sim. Quem? Onde se encontram essas pessoas no momento? _____

() Não

E) Você realizou a viagem acompanhado?

() Sim. Foi acompanhado por quem e como a conheceu? (Em caso de familiar, indicar se possui documento que comprove o vínculo) _____

() Não

F) Você entrou no Brasil sozinho?

() Sim

() Não. Com quem entrou no Brasil? _____

G) Você tem intenção de permanecer no Brasil?

() Sim

() Não. Você tem a intenção de se deslocar a outro país? Informe _____

H) Você deseja retornar ao seu país?

() Sim. Por que o deixou? _____

() Não. Por que? _____

I) Você tem medo de regressar ao seu país de origem?

() Sim. Que problemas você pode enfrentar caso tenha que retornar ao seu país neste momento?

() Não

J) Tem parentes (irmãos, tios, primos e avós) no país de origem, ou em um terceiro país?

() Sim. Seus familiares têm conhecimento de sua saída do país? _____

() Não

K) Tem parentes (pais, irmãos, tios, primos, avós) no Brasil?

() Sim. Especifique: _____

() Não

L) Informações sobre os familiares que permaneceram no país de origem, ou terceiro país:

Nome do familiar	Data de Nascimento	Relação de parentesco com a criança	Endereço e/ou forma de contato

M) Grupo familiar que o acompanha no Brasil (esposo, filhos, pais e outros):

Nome do familiar	Data de Nascimento	Relação de parentesco com a criança	Endereço e/ou forma de contato

V - MEDIDAS PROTETIVAS

Em caso de criança e adolescente já encaminhado para instituição de acolhimento, favor informar:

Instituição de acolhimento: _____

Endereço: _____

Responsável: _____

Vara da Infância e da Juventude: _____

Em caso de criança e adolescente representado por responsável legal já designado (a) no Brasil, favor informar:

Nome completo do responsável legal: _____

Documento: Tipo: _____ Número: _____

Data de nascimento: _____ Gênero: _____

Nacionalidade: _____

Endereço: _____

Parentesco: _____

A) Possíveis necessidades de proteção da criança ou adolescente:

- () Retorno à convivência familiar, conforme parâmetros de proteção integral e atenção ao interesse superior da criança e do adolescente;
- () medida de proteção por reunião familiar;
- () Proteção como vítima de tráfico de pessoas;
- () Outra medida de regularização migratória, ou proteção como refugiado ou apátrida, conforme a legislação em vigor. Informe _____.

VIII - IDENTIFICAÇÃO DO INTÉRPRETE

Nome: _____

Documento de Identificação: _____

Endereço: _____

E-mail: _____

Telefone: _____

_____, ____ de _____ de _____

Assinatura da criança ou adolescente

Assinatura do Defensor Público

Assinatura do Intérprete